Die Beschränkungen der Gewerbefreiheit des Gast- und Schankwirtsgewerbes auf Grund des Gaststättengesetzes vom 28. April 1930

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
vorgelegt der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Freiburg i. Br.

von

Robert Bettermann
Gerichts-Referendar
in Hagen i. Westf.

1933

Gatzer & Hahn, Graphische Werkstätten, Schramberg (Württemberg)

Durch die Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät zu den darin ausgesprochenen Anschauungen keine Stellung.

Referent: Professor Dr. W. van Calker.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern.

Inhalt.

Seite

Einleitung. 1

Teil I.

Das Gast- und Schankwirtsgewerbe
als Objekt der Beschränkungen.

Kap. 1: Grundsätzliches über die Begriffe der Gastwirtschaft und Schankwirtschaft 2

Kap. 2: Der Begriff der Gastwirtschaft 5

a) Begriffswesentliche Merkmale 5

b) Begriffshinweisende Merkmale 9

Kap. 3: Der Begriff der Schankwirtschaft 11

a) Begriffswesentliche Merkmale 11

b) Begriffshinweisende Merkmale 16

Teil II.

Die Beschränkungen der Gewerbefreiheit
des Gast- und Schankwirtsgewerbes.

Kap. 1: Die Erlaubnis (Konzession) 19

§ 1: Der rechtliche Charakter der Zulassung 19

a) Name 19

b) Inhalt 20

§ 2: Die Zulassung als subjektiv und objektiv gebundenes Rechtsinstitut 26

a) Die Bindung in subjektiver Beziehung 26

b) Die Bindung in objektiver Beziehung 37

α) Die Bindung an eine bestimmte Betriebsart 38

β) Die Bindung an bestimmte Getränkearten 42

γ) Die Bindung an bestimmte Räume 44

Kap. 2: Der Bedürfnisnachweis 47

Kap. 3: Die Stellvertretungserlaubnis 54

Kap. 4: Bedingungen und Auflagen 59

Kap. 5: Die Polizeistunde 64

Kap. 6: Privatrechtliche Beschränkungen der Gewerbefreiheit 67

Anschütz, Gerhard: Die Verfassung des Deutschen Reiches, 10. Auflage 1929.
Begründung zu dem Entwurf eines Gaststättengesetzes, Reichstagsdrucksache Nr. 347, IV. Wahlperiode v. 13. 7. 1928.
Bericht des Volkswirtschaftlichen Ausschusses des Reichstags über den Entwurf eines Schankstättengesetzes. Reichstagsdrucksache Nr. 1791. IV. Wahlperiode 1928 v. 21. 3. 1930.
Bühler, Ottmar: Die subjektiv-öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtssprechung 1914.
— Zur Theorie der subjektiv-öffentlichen Rechte 1927.
v. Brauchitsch: Verwaltungsgesetze für Preußen, Berlin 1928. 21. Auflage, 10. Bearbeitung.
Conrad und Floegel: Reichsgewerbeordnung und Gaststättengesetz, Berlin 1931.
Cöster: Die Rechtskraft der Staatsakte, München 1927.
Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden auf dem Gebiete des Verwaltungs- oder Polizeistrafrechts, begr. von Reger, herausgegeben von Oeschey, München, C. H. Beck.
Friedrichs: Gaststättengesetz, Kommentar Berlin 1930.
Fleiner, Fritz: Institutionen des Verwaltungsrechts, 1928. 8. Auflage.
Glücksmann: Gaststättenwesen, Stuttgart 1927.
Gewerbe-Archiv, herausgegeben von v. Rohrscheidt.
Hampe-Bickes: Kommentar zum Gaststättengesetz, Hamburg 1930.
Hatschek: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 6. Auflage.
Hotacker: Die Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen, Stuttgart 1926.
Juristische Wochenschrift.
Jellinek, Walter: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1928.
Kerstiens, Chr.: Das Gaststättengesetz, Kommentar Berlin 1930.
Köstlin, R.: Das Gaststättengesetz, Kommentar 1. u. 2. Teil, Stuttgart 1930.
Kölzsch, G.: Die Entwicklung der Gewerbefreiheit in Deutschland. Dissertation Greifswald 1920.
Laband: Staatsrecht des Deutschen Reiches, 2. Auflage, 2. Band; 4. Auflage, Band 3.
v. Laun: Das Recht zum Gewerbebetrieb.
Michel, Elmar: Das Gaststättengesetz, Kommentar Berlin 1930.
Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, Band 1 u. 2, 3. Auflage 1924.
Preußische Gemeindezeitung.
v. Rohrscheidt, Kurt: Das Gaststättengesetz, Kommentar Berlin 1930.
Rohmer: Kommentar zum Gaststättengesetz, München 1930.
Reiff, G.: Die Beschränkungen der Gewerbefreiheit nach deutschem Reichsrecht in systematischer Darstellung. Dissertation Kiel.
Rehm, W.: Die rechtliche Natur der Gewerbekonzession, München 1889.
Reichs- und Preußisches Verwaltungsblatt, herausgegeben von Jesse, Kaisenberg und Kaufmann, Berlin. Carl Heymann Verlag.
Salomon, Wolf: Das Gaststättengesetz, Kommentar Berlin 1930.
Schreiber, A.: Die Abänderung des Rechts über das Gast- und Schankwirtsgewerbe für das Notgesetz vom 24. 2. 1923 und die seitdem weiterhin ergangenen Normen unter besonderer Berücksichtigung der bayerischen Verhältnisse. Dissertation Erlangen 1929.

Seydel-Schecher: Das Gewerbepolizeirecht des Deutschen Reiches. Tübingen 1910.
Seydel: Annalen des Deutschen Reiches, 1882.
Stier-Somlo: Gewerbeordnung und Nebengesetze, 2. Auflage 1923.
Verhandlungen des Reichstags über das Gaststättengesetz, 2. u. 3. Lesung, 151.—156. Sitzung, 27.—28. März 1930.
Wegener, C.: Die Bedürfnisfrage im Gast- und Schankgewerbe, Berlin 1929.
Wörterbuch des Staats- und Verwaltungsrechts, herausgegeben von v. Stengel und Fleischmann.

Verzeichnis der Abkürzungen.

GA.	=	Gewerbearchiv, herausgegeben von Rohrscheidt, Verlag Franz Vahlen, Berlin.
GG.	=	Gaststättengesetz.
GO.	=	Gewerbeordnung.
JW.	=	Juristische Wochenschrift, herausgegeben vom Deutschen Anwaltsverein.
OVG.	=	Preußisches Oberverwaltungsgericht.
PrVerwBl.	=	Preußisches Verwaltungsblatt, Wochenschrift für Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege in Preußen.
RG.	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Reger	=	Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden auf dem Gebiete des Verwaltungs- und Polizeistrafrechts, begründet von Reger, herausgegeben von Oeschey, Verlag C. H. Beck, München.
RTDrucks.	=	Reichstagsdrucksache.
StB.	=	Stenographischer Bericht.

Einleitung.

Nur wenige gewerberechtliche Nebengesetze sind bei ihrer Vorbereitung und Beratung so heftig umkämpft worden, wie das Gaststättengesetz vom 28. April 1930. Enthält es auch in sachlicher Hinsicht nur gewerbepolizeiliche Vorschriften, so werden durch diese doch inhaltlich so viele wirtschaftliche, soziale, rechtliche und kulturelle Probleme berührt, daß die ausgedehnten Auseinandersetzungen bei der Beratung des Gesetzes verständlich erscheinen. Für die vorliegende Untersuchung der durch des Gaststättengesetz bedingten Beschränkungen der Gewerbefreiheit des Gast- und Schankwirtsgewerbes muß eine Auseinandersetzung mit diesen Streitfragen freilich ausscheiden. Ausgangspunkt kann hier nur ein objektiver, feststehender Rechtsgrundsatz sein, von dem aus sich in juristischer Betrachtung ein Urteil darüber fällen läßt, was als Beschränkung der Gewerbefreiheit anzusehen ist. Diesen Grundsatz finden wir in § 1 der Reichsgewerbeordnung, dem Fundementalrechtssatz des deutschen Gewerberechts, der die grundsätzliche Freiheit der gewerblichen Betätigung ausspricht. Von ihm ist daher bei unserer Arbeit auszugehen. Leitende Gesichtspunkte werden hierbei sein, sowohl die in erheblichem Maße bestehenden Beschränkungen der Gewerbefreiheit des Gast- und Schankwirtsgewerbes, soweit diese auf dem Gaststättengesetz beruhen, darzustellen, als auch zu zeigen, in welchem Umfange diese Beschränkungen durch Rechte des betroffenen Gewerbes begrenzt werden.

Teil I.

Das Gast- und Schankwirtsgewerbe als Objekt der Beschränkungen.

Kapitel 1.

Grundsätzliches über die Begriffe der Gast- und Schankwirtschaft.

Wenn in der hier vorliegenden Untersuchung von den Beschränkungen der Gewerbefreiheit des Gast- und Schankstättengewerbes gesprochen werden soll, so ergibt sich zunächst die Notwendigkeit, auf die beiden Begriffe der Gast- und Schankwirtschaft als die wesentlichen Betriebsgegenstände dieses Gewerbes einzugehen und ihren rechtlichen Inhalt festzustellen [1]).

Die beiden Begriffe „Gastwirtschaft" und „Schankwirtschaft" sind wie die des „Gewerbes" oder der „Gewerbefreiheit" vom Gesetzgeber nicht bestimmt festgelegt worden. Es wurde zwar ein Antrag der Wirtschaftspartei auf Einführung einer Legaldefinition bei der Beratung des Gaststättengesetzes im zuständigen Ausschuß des Reichstages eingebracht, doch fiel dieser der Ablehnung durch die Mehrheit anheim [2]), die sich damit den Standpunkt der Regierungsvorlage und ihrer Begründung [3]) zu eigen machte und — mit Recht — das Gesetz nicht mit einer starren Definition belasten wollte.

Die Merkmale der beiden Begriffe Gast- bzw. Schankwirtschaft sind deshalb dem Leben und somit in erster Linie der Rechtsprechung der Gerichte und Verwaltungsbehörden zu entnehmen. Die auf diesem Gebiet ergangenen Entscheidungen sind durchweg bemüht, eine juristisch brauchbare Definition für den Gast- bzw. Schankwirtschaftsbetrieb zu finden. Sie vermögen deshalb auch wertvolles Material für unsere Begriffsbestimmung zu geben. Sie sind aber als solche zum überwiegenden Teil zu sehr auf den zu beurteilenden Einzelfall abgestellt [4]). Es ist deshalb notwendig, die

---

[1]) Dieser steht zwar heute in Theorie und Praxis seinem wesentlichen Umfange nach fest, jedoch erscheinen die Grenzen nach wie vor flüssig. (Vgl .die außerordentlich reichhaltige Rechtssprechung!) Es empfiehlt sich daher, zur Vermeidung von Mißverständnissen den Inhalt der Begriffe Gast- bezw. Schankwirtschaft für die vorliegende Arbeit zu bestimmen.

[2]) Vgl. Ausschußbericht S. 9, 10.

[3]) Begründung zum Gaststättengesetz (GG.) vom 13. 7. 28 zu § 1 Abs. 1.

[4]) Das Bestreben ein einzelnes besonders prägnantes Merkmal zu finden ist fast allen älteren Entscheidungen gemein. Die neueren Erkenntnisse vermeiden regelmäßig diesen Fehler, indem sie neben einem im konkreten Falle besonders charakteristischen Merkmal das Vorhandensein weiterer Merkmale fordern.

angeführten Merkmale zu sichten und zu sondern und aus den als wesentlich erkannten und vom Einzelfall unabhängigen den Inhalt der Begriffe zu bilden.

Die Begriffe der Gastwirtschaft und Schankwirtschaft sind in der Gesamtheit der Merkmale zu erblicken, die diesen Betrieben ihr charakteristisches Gepräge geben und sie zu einer besonderen Unternehmens- und Gewerbeform stempeln. Ein einzelnes Merkmal würde hierzu nicht in der Lage sein. Ein solches mag zwar — wie das Ergebnis vieler Entscheidungen gezeigt hat — in einem einzelnen konkreten Falle wichtig, ja sogar für das rechtliche Ergebnis der Prüfung der tatsächlichen Lage ausschlaggebend sein, allgemein gesehen kann es jedoch niemals so prägnant sein, daß es ausschließlich von sich aus in allen Fällen einen Betrieb der hier interessierenden Art zu charakterisieren vermöchte. Der Begriff ergibt sich daher zwangsläufig aus einer Mehrzahl von Merkmalen, die erst in ihrer Zusammenfassung denjenigen Tatbestand wiedergeben, bei dessen Vorliegen die Feststellung eines Gast- oder Schankwirtschaftsbetriebes als geboten erscheint.

Das einzelne Merkmal ist somit nur ein Element des Gesamtbegriffes, verdient aber als solches naturgemäß erhebliche Beachtung. Diese Erkenntnis kann jedoch nicht dazu führen, allen Merkmalen die gleiche Bedeutung einzuräumen! Die Bedeutung der Merkmale ist, wie sich bei der praktischen Anwendung des Gast- oder Schankwirtschaftsbegriffes mit eindringlicher Deutlichkeit zeigt, durchaus verschieden. Neben solchen von entscheidendem Einfluß stehen andere von wesentlich geringerer Bedeutung. Zur ersten Gruppe gehören alle die Merkmale, die unmittelbar von sich aus im Zusammenwirken mit gleichgearteten Kennzeichen Betriebe der hier interessierenden Art charakterisieren. Dank dieser Fähigkeit sind sie es, die den eigentlichen Begriffsinhalt ausmachen, indem sie nicht zunächst nur eine Feststellung anderer Kennzeichen ermöglichen, sondern direkt und unmittelbar einen wesentlichen Teil des Begriffsinhaltes selbst bilden.

Der anderen oben erwähnten Gruppe von Kennzeichen sind alle diejenigen Merkmale zuzurechnen, die zwar ebenfalls rechtlich erheblich sind, die aber außerhalb des eigentlichen Begriffsinhaltes stehen. Sie ermöglichen es lediglich in Zweifelsfällen (dort, wo an sich eine sichere Feststellung der begriffsbestimmenden Merkmale nicht möglich wäre), das Vorhandensein der letzteren zu erkennen. Sie stehen also im Gegensatz zu der erstgenannten Gruppe der begriffsbestimmenden Kennzeichen nur in mittelbarem Zusammenhang mit dem Begriffsinhalt und sind als Hilfsmerkmale zu betrachten, die auf den letzteren hinweisen.

Unter Berücksichtigung dieser unterschiedlichen Bedeutung der Merkmale lassen sich demnach zwei Gruppen von Kennzeichen sondern:

a) Merkmale, die den eigentlichen Begriffsinhalt ausmachen. Diese bezeichnen wir als „begriffswesentliche Merkmale",

b) Merkmale, die lediglich klärende Hinweise für das Vorliegen von begriffswesentlichen Kennzeichen oder der Gesamtheit derselben zu geben vermögen. Man kann sie deshalb als „begriffshinweisende Merkmale" bezeichnen.

Die vorgenommene Scheidung ist von erheblicher Bedeutung. Sie läßt erkennen, daß sowohl der Gastwirtschafts- wie der Schankwirtschaftsbegriff ihrem Wesen und Aufbau nach durch Tatbestände gebildet werden, die aus einer begrenzten Anzahl von Merkmalen bestehen. Wird deshalb ein Betrieb, bei dem die Vermutung für einen Gastwirtschafts- oder Schankwirtschaftsbetrieb spricht, einer Prüfung auf seinen rechtlichen Charakter als Unternehmen dieser Art unterworfen, so sind in jedem Fall die von uns noch zu behandelnden begriffswesentlichen Merkmale festzustellen. Die der Verwaltungsbehörde vorliegende Tatsachenlage ist somit unter die Rechtsbegriffe der Gast- und Schankwirtschaft zu subsummieren. Ergibt sich hierbei, daß der den Gegenstand der Untersuchung bildende Betrieb die Kennzeichen einer Gast- oder Schankwirtschaft aufweist, so ist damit das Vorhandensein eines solchen Betriebs festgestellt. Ein Raum für ein behördliches Ermessen in der Beurteilung der Eigenart des Unternehmens ist daher nicht denkbar und zulässig. Die Annahme eines Gast- oder Schankwirtschaftsbetriebes ist daher nicht in das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden oder Gerichte gestellt. Ist einmal ein solcher Tatbestand erkannt, so ist lediglich dieser Rechtslage, nämlich, daß ein erlaubnispflichtiges Unternehmen besteht, Rechnung zu tragen.

Freilich ist zweierlei zu beachten, nämlich erstens, daß der Begriff der Gast- bzw. Schankwirtschaft nur von den Merkmalen gebildet wird, die als b e g r i f f s w e s e n t l i c h e bezeichnet werden können, und zweitens, daß diese Merkmale a u s n a h m s l o s im konkreten Falle feststellbar sein müssen. Ergibt die von der Verwaltungsbehörde angestellte Prüfung, daß einer dieser beiden Voraussetzungen nicht genügt ist, so ist damit auch eine rechtlich begründete Annahme eines Gast- oder Schankwirtschaftsunternehmens ausgeschlossen. Insbesondere würde es unzulässig sein — leider ist die Praxis der Verwaltungsbehörden in dieser Hinsicht oft anfechtbar — ein nicht feststellbares begriffswesentliches Kennzeichen durch ein begriffshinweisendes Merkmal oder

eine Mehrzahl von solchen ersetzen zu wollen, da ja der Begriff der Gast- bzw. Schankwirtschaft, wie bereits erwähnt, durch einen fest umgrenzten Tatbestand von ausschließlich begriffswesentlichen Kennzeichen gebildet wird.

Hinsichtlich des Aufbaues besteht zwischen den beiden Begriffen „Gastwirtschaft" und „Schankwirtschaft" eine weitgehende Uebereinstimmung. Hier wie dort finden wir die Doppelreihe der begriffsbestimmenden und begriffshinweisenden Merkmale. Trotzdem würde es verfehlt sein, aus dieser strukturellen Uebereinstimmung der Begriffe den Schluß ziehen zu wollen, daß in gleicher Weise auch ein einzelnes Merkmal, falls es bei beiden Begriffen wiederkehrt, den gleichen Inhalt haben müsse. Das ist nicht der Fall! Die einzelnen Merkmale haben vielmehr vielfach, wie namentlich das unten zu behandelnde Kennzeichen der Oeffentlichkeit des Betriebes zeigen wird, durch das Gesetz, die Rechtssprechung und Verwaltungspraxis eine verschiedene Ausbildung erfahren. Demgemäß muß sich auch unsere Darstellung der einzelnen Merkmale auf getrennten Bahnen bewegen und die letzteren entsprechend ihrer Zugehörigkeit zu der jeweiligen Gruppe von Kennzeichen und dem zugehörigen Begriff erörtern.

Kapitel 2.

Der Begriff der Gastwirtschaft.

a) Begriffswesentliche Merkmale.

Der Begriff der Gastwirtschaft fordert zunächst das Vorhandensein eines Unternehmens. Unter einem solchen wird man in Uebereinstimmung mit dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens einen wirtschaftlichen Tätigkeitskreis zu verstehen haben, der erkennbar von dem Privatleben des Betriebsinhabers geschieden und offenbar nur wirtschaftlichen Zwecken gewidmet ist. Die rechtliche Betriebsverfassung — Aktiengesellschaft, Einzelfirma, Genossenschaft usw. — spielt keine Rolle. Natürliche und juristische Personen können ebensogut Träger eines Gast- bzw. Schankwirtschaftsunternehmens sein, wie rechtsfähige und nicht rechtsfähige Vereine oder Gesellschaften [5]). § 1 Abs. 1 Satz 2 GG. Von we-

[5]) Voraussetzung bei diesen ist allerdings, daß sie vom Gesetzgeber als rechtsfähig anerkannt werden. Personenvereinigungen, denen diese Eigenschaft mangelt, wie z. B. die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, oder die offene Handelsgesellschaft, können keine Träger einer Gast- oder Schankwirtschaftserlaubnis werden. Vergl. Michel, Komm. z. GG. § 1 Anm. II, 2.

sentlicher Bedeutung ist jedoch, daß es sich bei allen diesen Betrieben regelmäßig um solche Unternehmen handelt, die durch Gewährung von Unterkunft und Verpflegung einen Anspruch auf ein irgendwie geartetes Entgelt zu erwerben wünschen.

Gerade dies ist für ein Gastwirtschaftsunternehmen im Sinne des Gaststättengesetzes ein wesentliches Kennzeichen! Ein solches wird regelmäßig mit der Absicht auf Gewinn von Erwerb geführt und ist seinem ganzen Wesen nach auf die Erreichung dieses Zieles eingestellt[6]). Gastwirtschaftsbetriebe sind daher — selbständige, von fremden Anweisungen freie Führung vorausgesetzt — grundsätzlich gewerbsmäßige[7]) Betriebe. Solche setzt auch das Gaststättengesetz als Regelfall voraus, wenn es von Gastwirtschaften spricht.

Es läßt sich das Gleiche auch aus § 23 Abs. 1 GG entnehmen. In ihm werden ausdrücklich Vereine und Gesellschaften dem Gaststättengesetz unterworfen, auch wenn von ihnen der Betrieb nicht gewerbsmäßig geführt wird. Diese Vorschrift ist offenbar eine Ausnahmebestimmung. Sie wäre überflüssig, wenn das Gaststättengesetz auch nichtgewerbsmäßige Unternehmen als Gastwirtschaften hätte betrachten wollen. Aus der Tatsache jedoch, daß die Vorschrift vom Gesetzgeber getroffen worden ist, ist zu schließen, daß das Gaststättengesetz r e g e l m ä ß i g[8]) bei einer Gastwirtschaft die Gewerbsmäßigkeit des Betriebes als ein wesentliches Kennzeichen desselben betrachtet[9]). Diese Auffassung entspricht im übrigen auch der des täglichen Lebens, die in der Gewerbsmäßigkeit ein selbstverständliches und wichtiges Merkmal des Gastwirtschaftsbegriffes erblickt.

Das gleiche muß auch hinsichtlich eines weiteren Kennzeichens gelten, nämlich hinsichtlich der im konkreten Falle stets festzustellenden O e f f e n t l i c h k e i t des Unternehmens. Diese wird immer dann gegeben sein, wenn die Räume, die zur Aufnahme der Gäste

---

[6]) Ob die Erzielung des Gewinnes unmittelbar oder mittelbar geschieht, ist belanglos. Mit Recht hat daher das Kammergericht den Erwerb eines mittelbaren Gewinnes für genügend erachtet. Vergl. Urteil des KG. v. 10. 6. 1880, wo ein Gastwirt fortgesetzt lediglich gegen Bezahlung von Kost und Getränken auch Wohnung gewährt hatte, ohne für diese selbst ein Entgelt gefordert zu haben.

[7]) Gleichgültig, ob sie einen Gewinn abwerfen oder nicht. Nach herrschender Meinung kann die mangelnde Rentabilität eines Unternehmens nicht dessen Gewerbsmäßigkeit in Frage stellen.

[8]) Ausnahme § 23 GG.

[9]) Dieses geht ferner auch allgemein aus dem Charakter des GG. als gewerberechtlichen Spezialgesetzes, das insbesondere gewerbepolizeiliche Funktionen zu erfüllen hat, hervor. Das GG. setzt infolgedessen grundsätzlich gewerbsmäßige Betriebe voraus. Vergl. auch Michel § 1 I (S. 22).

bestimmt sind, von jedem, der den Wunsch hierzu verspürt, betreten werden können. Allerdings wird man ein Lokal auch dann schon als öffentliches betrachten müssen, wenn dieses infolge seiner Aufmachung, Preise usw. praktisch nur von den Angehörigen einer bestimmten Gesellschaftsschicht aufgesucht werden kann. Denn grundsätzlich besteht ja auch hier ein öffentliches und allgemein zugängliches Unternehmen. Daß dieses tatsächlich nicht jedermann zugänglich ist, liegt in der verschiedenen sozialen und finanziellen Lage der Besucher, nicht aber in einer bestimmten Auslese derselben begründet.

Eine andere Beurteilung der Sachlage ist jedoch dort geboten, wo die Räume nur von den Mitgliedern einer bestimmten Vereinigung (Gesellschaft, Club, Loge usw.) betreten werden dürfen. Hier kann von einer Oeffentlichkeit der Räume keine Rede sein. Denn der Kreis der Personen, die die Mitgliedseigenschaft und lediglich auf Grund derselben die Zutrittsbefugnis besitzen, ist ein beschränkter und genau feststellbarer, während es im Gegensatz hierzu gerade für den Begriff der Oeffentlichkeit charakteristisch ist, daß mit ihm eine Vielzahl regelmäßig unbekannter Personen bezeichnet werden soll.

Ist somit nach unseren bisherigen Feststellungen ein Gastwirtschaftsbetrieb ein gewerbsmäßig betriebenes Unternehmen, zu dem grundsätzlich jedermann Zutritt hat, so haben wir uns nunmehr der Gruppe derjenigen Kennzeichen zuzuwenden, die dieses gerade zu einem Gastwirtschaftsunternehmen stempeln.

Wie sich der Bezeichnung „Gast"wirtschaft und der allgemeinen Verkehrsanschauung entnehmen läßt, ist der Zweck und die Aufgabe eines Unternehmens dieser Art der, fremden Personen gegen Entgelt nicht nur eine Aufenthaltsmöglichkeit zu bieten, sondern ihnen überhaupt Räume zur Verfügung zu stellen, die die eigene, aus irgendwelchen Gründen fehlende, Wohnung zu ersetzen vermögen. Ein Gastwirtschaftsbetrieb wird daher stets den Charakter einer Wohnstätte tragen müssen. Allerdings muß sich die Aufgabe des Unternehmens mit der Gewährung dieser Wohnmöglichkeit erschöpfen. Ist diese Aufgabe nicht die primäre, erfolgt vielmehr die Beherbergung in erster Linie zu anderen Zwecken wie z. B. der Heilung, Erziehung, des Unterrichts[10]) usw., so wird eine Gastwirtschaft selbst dann nicht vorliegen, wenn im übrigen auch die sonstigen Tatbestandsmerkmale einer solchen gegeben sein sollten. Die Annahme eines Gastwirtschaftsbetriebes setzt da-

[10]) Sanatorien, Internate usw.

her stets die Feststellung voraus, daß die Unterkunftsgewährung Selbstzweck des Unternehmens ist[11]).

Es wird im konkreten Falle nicht sehr schwierig sein, sich über den Zweck eines Betriebes Klarheit zu verschaffen. Die Bezeichnung und der Name desselben werden häufig einen Anhalt geben können.

Mehr allerdings auch nicht, denn diese sind in hohem Maße von dem Willen und der Phantasie des Betriebsinhabers abhängig und daher kein sicheres und objektives Merkmal. Umso größere Beachtung verdient daher jenes Kennzeichen, das dem Betriebsinhaber gewissermaßen durch die Macht der Verhältnisse und durch die Art des Unternehmens aufgezwungen wird, nämlich die Einrichtung des Unternehmens. Diese muß notwendigerweise der tatsächlichen Betriebsführung entsprechen.

Eine zweckentsprechende Einrichtung ist daher stets ein Merkmal eines Gastwirtschaftsbetriebes. Allerdings genügt es nicht, daß ausschließlich Fremdenzimmer (Schlafzimmer, Herbergsräume und dgl.) vorhanden sind[12]). Dem Charakter des Unternehmens als Wohnstätte entsprechend muß deshalb ferner noch mindestens ein Raum hinzukommen, der den Gästen die Möglichkeiten zum gemeinsamen Aufenthalt gewährt[13]). Als solche Räume sind regelmäßig Frühstückszimmer, Schreibzimmer, Speisezimmer, Diele usw. anzusprechen[14]). In ihnen ist den Gästen die Möglichkeit gegeben, außerhalb des eigenen Zimmers zusammen zu kommen.

---

[11]) Vgl. Braunschw. VGH. in GA. 4,551.

[12]) KG. v. 13. 2. 96 bei Reger 17,2; Bayer. OLG. bei Reger 26,17; OLG. Frankfurt bei Reger 16,8.

[13]) Uebereinstimmend: KG. in GA. 25,29; KG. in GA. 27,511; OLG. Karlsruhe in GA. 14,230; Bayer. OLG. bei Reger 26,17 (vgl. Tatbestand); früher a. M. KG. bei Reger 12,145.

[14]) Das Vorhandensein von Räumen dieser Art ermöglicht auch die in der Praxis oft sehr schwierige Abgrenzung des Gastwirtschaftsbetriebes gegenüber Vermietungsbetrieben (Fremdenheime, Privat-Logierhäuser, Pensionen usw.). Die Unterscheidung zwischen beiden Betriebsformen ist deshalb von größter Bedeutung, weil nach § 1 Abs. 1 GG. Gastwirtschafts- — nicht aber auch Vermietungsbetriebe — erlaubnispflichtig sind.

Im Gegensatz zu der weitverbreiteten Meinung (s. Conrad-Floegel, Komment. z. GG. § 1 Anm. 3 Seite 389; v. Rohrscheidt, Anm. 5 Seite 11; Michel, Anm. III 2; Salomon Anm. 1; Rohmer, Anm. 2), daß in diesem Falle auch die Dauer der Beherbergung, der äußere Anstrich des Unternehmens (Hotelmäßigkeit) als entscheidendes Unterscheidungsmerkmal zu betrachten seien, möchte ich die praktisch sehr wichtige Abgrenzung angesichts der Unzuverlässigkeit der genannten Unterscheidungsmerkmale ausschließlich auf das Vorhandensein der oben genannten gemeinsamen Aufenthaltsräume abstellen. Im Gegensatz zu den Verhältnissen bei den Vermietungsunternehmen sind solche bei Gastwirtschaftsbetrieben stets vorhanden. Der grundsätzliche

Die Reihe der begriffswesentlichen Merkmale ist damit erschöpft. Fassen wir die erörterten Kennzeichen zusammen, so ergibt sich, daß eine Gastwirtschaft im Sinne der Rechtswissenschaft ein gewerbsmäßig betriebenes Unternehmen mit grundsätzlich jedermann zugänglichen Räumen ist, welches als Selbstzweck die Beherbergung fremder Personen verfolgt.

b) Begriffshinweisende Merkmale.

Die Gruppe der begriffshinweisenden Merkmale des Gastwirtschaftsbegriffes ist außerordentlich groß! Die vorliegende Abhandlung muß sich daher, um den Rahmen nicht zu sprengen, notwendigerweise auf die Darstellung der wichtigsten beschränken und im übrigen auf die zahlreichen, durchweg sehr eingehenden und zahlreichen kommentarmäßigen Bearbeitungen dieses Stoffes verweisen.

Als wichtigstes begriffshinweisendes Merkmal ist zunächst das Gesamtbild des Betriebes zu nennen. Ihm gebührt eine besondere Beachtung weil es vielfach schon allein an Hand desselben möglich ist, bestehende Zweifel über den Charakter eines Unternehmens als unbegründet bzw. begründet zu erkennen. Denn das äußere Gepräge eines Betriebes ist in der Regel auch charakteristisch für sein Wesen! Das äußere Bild ist mit Rücksicht auf das Publikum gewählt. Es ist bestimmt, in diesem eine bestimmte Vorstellung über die Art des Unternehmens zu wecken und es auf diese Weise zum Besuche desselben anzulocken. Da man hierbei stets bemüht ist, Mißverständnisse über den Charakter desselben zu vermeiden, wird gerade das Aussehen des Betriebs wertvolle Aufschlüsse über dessen Zugehörigkeit zu der einen oder anderen Betriebsart geben können.

Freilich wird man die Betrachtung nicht auf diese oder jene Einzelheit abstellen dürfen, sondern grundsätzlich nur das Gesamtbild, so wie es sich einem unbefangenen Beobachter bietet, entscheidend sein lassen müssen. Es sind daher hier — um einige Beispiele herauszugreifen — gleicherweise Aufmachung, Name, Anlage und Einrichtung des Hauses wie auch die Art der Betriebsführung usw. zu berücksichtigen.

Namentlich die letztere verdient dann Beachtung, wenn es sich im konkreten Falle darum handelt, festzustellen, ob ein Gastwirtschaftsbetrieb oder ein Vermietungsunternehmen vorliegt. Das

---

und immer vorhandene Unterschied zwischen beiden Unternehmensformen liegt daher hier begründet. Das Mietsverhältnis schafft eine individuelle, der Gastwirtschaftsbetrieb eine kollektive Wohnmöglichkeit.

Oberlandesgericht Stuttgart hat in einer Entscheidung vom 22. 1. 1930 (JW. 59, 1239) mit Recht betont, daß eine ständige, hotelmäßige [15]) Unterbringung von Fremden für die Annahme, eine mehr familiär [16]) gehandhabte Betriebsführung gegen die Annahme eines Gastwirtschaftsunternehmens spricht.

Im Gegensatz zu den beiden bisher genannten Kennzeichen (Gepräge des Betriebes, Art der Betriebsführung) läßt m. E. die Dauer des Aufenthalts der Gäste an sich keinen Rückschluß auf das Vorliegen eines Gastwirtschaftsunternehmens zu. Es mag zwar im allgemeinen zutreffen, daß die Beherbergung in einem solchen nur auf kürzere Zeit geschieht, doch sind die Fälle, wo eine solche auf längere Dauer stattfindet, garnicht so selten. Man denke nur an die Hotels in Badeorten und Großstädten, wo viele Gäste oft Wochen und Monate wohnen. Trotzdem wird man niemals in diesen Fällen zu der Auffassung gelangen, daß etwa diese Betriebe keine Gastwirtschaften mehr seien.

Der Grund hierfür liegt darin, daß nicht die Dauer des Aufenthalts allein .sondern in Verbindung mit ihr auch den Zweck des Aufenthalts bei der Prüfung der Sachlage entscheidend ist. Wollen die in den Räumen des Unternehmens aufgenommenen Personen durch ihre Wohnungsnahme allgemein (d. h. jede von ihnen) einen Wohnsitz im Sinne der Vorschrift des § 7 Abs. 1 BGB begründen, so spricht dieses für das Vorhandensein eines Vermietungsunternehmens. Haben die Personen aber nicht diesen Willen, ist ferner die Dauer ihres Aufenthalts gar durch einen speziellen [17]) Zweck begründet und zeitlich begrenzt, so wird die Vermutung stets zugunsten eines Gastwirtschaftsunternehmens sprechen.

Als weiteres wichtiges begriffshinweisendes Merkmal ist endlich noch die Verkehrsanschauung zu nennen. Sie ist zwar stets örtlich gebunden und demgemäß in den einzelnen deutschen Ländern und ihren Teilen durchaus verschieden, sie ist aber immerhin von erheblicher Bedeutung, wenn es die oft sehr schwer zu ziehende Grenze zwischen gastwirtschaftsähnlichen Betrieben und Gastwirtschaftsunternehmen zu ziehen gilt. Die Verkehrsanschauung ermöglicht es namentlich in vielen Fällen den wahren Charakter eines Unternehmens zu erkennen, wenn dieser aus irgendwelchen Gründen von dem Inhaber unzutreffend angegeben wird.

---

[15]) Dauernder Wechsel der Gäste, Vorhandensein von Portier, Zimmermädchen usw.

[16]) Bedienung der Gäste durch Familienmitglieder, engerer Kontakt mit der Familie des Betriebsinhabers durch gemeinsamen Aufenthaltsraum.

[17]) Wohnungnahme während der Erledigung eines bestimmten Geschäftes, während der Erholung usw.

Kapitel 3.

Der Begriff der Schankwirtschaft.

a) Begriffswesentliche Merkmale.

Wie schon oben erwähnt, stimmen die Begriffe der Gastwirtschaft und Schankwirtschaft hinsichtlich des Aufbaues weitgehend überein. Es ist daher nicht verwunderlich, daß sich auch im Rahmen des Begriffes der Schankwirtschaft das begriffswesentliche Merkmal der Oeffentlichkeit des Betriebes findet. Diese Uebereinstimmung ist aber nur eine äußerliche. Sie kann insbesondere nicht zu dem an sich naheliegenden Schluß führen, daß auch der Inhalt des Merkmals der Oeffentlichkeit in beiden Begriffen der gleiche ist. Das ist keineswegs der Fall! Bedeutet „öffentlich" im Rahmen des Gastwirtschaftsbegriffes nach unseren oben gemachten Ausführungen so viel wie „Grundsätzlich für jedermann zugänglich", so ist dieses Merkmal im Schankwirtschaftsbegriff, wie sich aus § 23 Abs. 1 GG. ergibt, weit weniger umfassend. In dieser Vorschrift wird angeordnet, daß die Bestimmungen des Gaststättengesetzes auch auf Vereine und Gesellschaften Anwendung finden sollen, wenn kein Gewerbebetrieb vorliegt, aber von den genannten Personenvereinigungen Getränke ausgeschänkt oder Branntwein im kleinen abgesetzt werden.

Es liegt auf der Hand, daß durch diese Vorschrift ein Schankbetrieb getroffen wird, den man dem allgemeinen Sprachgebrauch und der Verkehrsauffassung nach nicht als öffentlich bezeichnet. Denn Vereine und Gesellschaften [18]) sind ihrem ganzen Zweck und Sinn nach gerade Zusammenschlüsse von Personen, die sich aus irgendwelchen Gründen von der anonymen Masse, der „Oeffentlichkeit", absondern wollen, ganz abgesehen davon, daß derartige Personenvereinigungen auch hinsichtlich ihrer Zahl und Zusammensetzung genau kontrollierbar sind. Es kann also kaum einem Zweifel unterliegen, daß der Ausschank in Vereinen und Gesellschaften an die Mitglieder derselben kein öffentlicher ist.

---

[18]) Der Begriff des Vereines und der Gesellschaft ist weit auszulegen und erheblich über den Rahmen der diesbezüglichen Begriffsbestimmungen des Zivilrechts auszudehnen. „Unter Vereine sind hier Vereine jeder Art zu verstehen, rechtsfähige wie nicht rechtsfähige, gemeinnützige und nicht gemeinnützige, ideelle und solche, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, politische und religiöse Vereine, studentische Vereine, Sportvereine u. a., unter Gesellschaften sowohl die vom Bestand der Mitglieder abhängige Gesellschaft des bürgerlichen Rechts wie die Gesellschaften des Handelsrechts mit oder ohne Rechtspersönlichkeit einschließlich der Genossenschaften" (Michel, Komment. z. GG. § 23 I,2).

Es läge nun an sich nahe, angesichts dieser Sachlage das Merkmal der Oeffentlichkeit im Begriff der Schankwirtschaft überhaupt fallen lassen oder es aber wenigstens nicht als begriffswesentliches zu bezeichnen. Hierzu besteht jedoch m. E. kein Anlaß. Einmal sprechen systematische Gründe für eine Beibehaltung — nahe Verwandtschaft mit dem Gastwirtschaftsbegriff — und zum anderen ist zu bedenken, daß der Ausschank in den oben genannten Personenvereinigungen an Angehörige derselben nur verhältnismäßig selten vorkommt, während andererseits der öffentliche Ausschank an jedermann den Regelfall bildet. Richtig ist es daher, das Merkmal der Oeffentlichkeit im Begriff der Schankwirtschaft grundsätzlich aufrecht zu erhalten und es nur hinsichtlich seines Umfanges dahin zu beschränken, daß auch eine im geschilderten Sinne bedingte Oeffentlichkeit ausreicht, um bei Vorliegen der anderen Merkmale das Vorhandensein einer Schankwirtschaft darzutun [19]).

Neben dem Merkmal der Oeffentlichkeit im Begriff der Schankwirtschaft steht ihm gleichgeordnet das Kennzeichen der Gewerbsmäßigkeit des Betriebes. Der Inhalt dieses Merkmals ist hier der gleiche wie im Gastwirtschaftsbegriff und auch sonst regelmäßig im öffentlichen und zivilen Recht. Er läßt sich deshalb in Uebereinstimmung mit unseren oben gemachten Ausführungen kurz dahin umreißen, daß dann ein gewerbsmäßiger Ausschank vorliegt, wenn er auf eigenes Risiko wiederholt mit der Absicht auf Gewinn von Erwerb geführt wird und hinsichtlich der Führung von fremden Anweisungen frei ist [20]). Im übrigen können wir auf unsere einschlägigen bei der Darstellung des Begriffes der Gastwirtschaft gemachten allgemeinen Ausführungen Bezug nehmen [21]).

Gegenstand eines Schankwirtschaftsbetriebes ist, wie schon die Bezeichnung besagt, der Ausschank von Getränken. Welcher Art diese angehören — geistige oder nichtgeistige Getränke, Natur- oder Kunstprodukte — ist für die Beurteilung des Betriebes

---

[19]) Im Ergebnis gleich (ohne Bezugnahme auf § 23 GG.: Michel, Komment. z. GG. § 1 IV 1c (S. 34, 35); Salomon, Komment. z. GG. § 1 Anm. 2c (S. 38); Vgl. auch Pr.OVG. v. 22. 6. 83 (Entsch. 10,252); Erl. d. bad. Min. d. I. v. 12. 7. 1889 (Reger 10,366); KG. v. 14. 1. 1895 (Reger 16,233); KG. v. 13. 2. 1896 (PrVerBl. 17,474).

[20]) Michel, Komment. z. GG. § 1 Anm. 1 (S. 35): „Gewerbsmäßig ist eine auf fortgesetzten Erwerb gerichtete selbständige Tätigkeit".

[21]) Vergl. oben Seite 6 ff.

belanglos, nur muß es sich im konkreten Falle stets um „Getränke“ im Sinne des täglichen Sprachgebrauchs handeln[22]).

Das besagt also: Nicht jeder Stoff, der an sich trinkbar ist, ist auch ein Getränk in unserem Sinne. Als ein solches kann man vielmehr nur eine Substanz bezeichnen, welche flüssig ist und im täglichen Leben regelmäßig durch Trinken aus hierzu besonders geschaffenen Gefäßen (Gläser, Tassen), genossen wird. Suppen und Fleischbrühen sind daher keine „Getränke“, auch wen sie in Tassen verabfolgt werden. Sie werden auch vom Sprachgebrauch, der hier eine wichtige Rolle spielt, nicht als solche betrachtet.

Auch die Eigenart der ausgeschänkten Getränke als Genuß- oder Heil- bezw. Nahrungsmittel zu wirken, ist von Bedeutung. Soll nämlich der Tatbestand einer Schankwirtschaft vorliegen, so müssen die ausgeschänkten Getränke ferner auch den Charakter eines Genußmittels besitzen. Sie dürfen also nicht Heil- oder Ernährungszwecken, sondern nur der Befriedigung bestimmter menschlicher Genußbedürfnisse dienen. Hierbei ist freilich nicht erforderlich, daß dieser Charakter der ausschließliche ist. Der Charakter des Genußmittels bleibt auch dann bestehen, wenn das Getränk als Nebenwirkung auf den menschlichen Organismus eine gesundheitsfördernde oder heilende Wirkung ausübt. Umgekehrt verliert ein Getränk natürlich den Charakter des Genußmittels, wenn es in erster Linie zu einem im obigen Sinne heilenden oder ernährenden Zweck verabfolgt und genossen wird. Je nachdem nun der eine oder der andere Charakter vorwiegt[23]), ist im konkreten Falle die Eigenart eines Getränkes zu beurteilen. Grundsätzlich kann man unter Berücksichtigung des im Gaststättengesetz erkennbaren gesetzgeberischen Willens sagen, daß bei einem gewerbsmäßigen Ausschank von Getränken stets die Vermutung dafür spricht, daß die ausgeschenkten Getränke als Genuß- und nicht als Heilmittel verabfolgt werden[24]). Im konkreten Falle ist

[22]) Ein Unterschied zwischen alkoholhaltigen und nicht alkoholhaltigen Getränken wird somit nicht mehr gemacht. Der früher hierüber bestehende Streit ist vom Gaststättengesetz im Sinne der bereits vorher fast allgemein herrschend gewordenen Verwaltungspraxis und Rechtsprechung zu Gunsten einer gleichen Behandlung aller Getränke entschieden worden.

[23]) Die Ansicht Michels (Komment. z. GG. § 1 Anm. IV 1a), daß ein Getränk nur dann als Heilmittel anzusehen ist, wenn es diesen Charakter a u s s c h l i e ß l i c h trägt, stößt m. E. bei ihrer praktischen Anwendung auf Schwierigkeiten. Es gibt sehr viele Getränke, bei denen der Charakter durchaus nicht eindeutig festzustellen ist. So können z. B. Yoghurt, gewisse Mineralwässer, Pflanzensäfte (Fruchtsäfte und Extrakte) sowohl als Genuß-, wie als Heilmittel angesehen werden.

[24]) Das Gaststättengesetz geht grundsätzlich davon aus, daß j e d e s Getränk Genußmittel ist, und erklärt deshalb den gewerblichen Ausschank eines solchen allgemein für erlaubnispflichtig!

daher diese Vermutung, falls der Heilmittel-Charakter behauptet wird, durch Anführung entsprechender beweiskräftiger Umstände zu entkräften [25]).

Zwischen dem Ausschank und Genuß der Getränke muß endlich — damit ist die Reihe der begriffswesentlichen Merkmale der Schankwirtschaft erschöpft — ein gewisser Zusammenhang in dem Sinne bestehen, daß der Ausschank nicht lediglich zu dem allgemeinen Zwecke eines Verkaufs sondern zum Zwecke des Genusses auf der Stelle erfolgt. Es ist deshalb von wesentlicher Bedeutung, in welcher räumlichen Beziehung die Schankstätte zu dem Ort steht [26]), an dem das in dieser ausgeschänkte Getränk genossen wird.

Hierzu ist zu sagen, daß zunächst der Schankort und der Ort, an dem das Getränk genossen wird, so nahe zusammen liegen müssen, daß ein offensichtlicher räumlicher Zusammenhang zwischen beiden gegeben ist. Ein solcher wird regelmäßig dann vorhanden sein, wenn die beiden Orte im gleichen Hause oder auf dem gleichen Grundstück liegen. Er kann aber auch zwischen zwei Nachbargrundstücken bestehen, wenn diese entweder unmittelbar oder in nur ganz geringfügiger Entfernung nebeneinander liegen [27]). Ein Verfügungsrecht des Verabfolgers über den Ort, an dem das Getränk genossen wird, ist hierbei nicht erforderlich.

So bedeutungsvoll es im konkreten Fall ist, daß ein im geschilderten Sinne räumlicher Zusammenhang zwischen dem Schank- und Genußort besteht, so reicht er doch allein nicht aus um darzutun, daß die Abgabe von Getränken zum Zwecke des Genusses auf der Stelle erfolgt. Denn die objektive Tatsache des Ausschankes an einem Ort, der dem Ort, an dem das Getränk genossen wird, benachbart ist, besagt von sich aus noch nichts über den Zweck des Ausschankes. Es muß daher auch noch ein durch den Willen des Ausschänkenden dargestelltes subjektives Moment hinzukommen, der dem Ausschank einen bestimmten Zweck gibt. Ein Ausschank zum Zweck des Genusses auf der Stelle kann daher nur dann vor-

---

[25]) Eine Ausnahme hinsichtlich der Heilmittel ist zwar ausdrücklich im Gaststättengesetz nicht getroffen worden, ist aber aus dem ganzen Sinn des Gesetzes zu erkennen. Vgl. auch Michel, Komment. z. GG. § 1 Anm. IV 1a; RTDrucks. Nr. 1431 von 1912/14, Seite 6, Stellungnahme des Reichswirtschaftsministers Dietrich in der Reichstagssitzung vom 4. 4. 1930 (StB. Seite 4787; Salomon Komment. z. GG. § 1 Anm. 2d).

[26]) Vgl. OLG. Jena bei Reger 34,18; Pr. OVG. in GA. 14,63; Salomon Komment. z. GG. § 1 Anm. 2e.

[27]) Dabei wird freilich vorausgesetzt, daß die Abgabe des Getränks mit dem Wissen und Willen erfolgt, daß dieses auf dem Nachbargrundstück alsbald genossen wird. Vgl. Bayer. Oberst. LG. in GA. 25,29.

liegen, wenn das Verabfolgen der Getränke mit dem Willen geschieht, daß diese an den mit dem Schankort in dem oben geschilderten Sinne im Zusammenhang stehenden Orten von dem Gast zu sich genommen werden.

Wie dieser Wille zutage tritt, ist belanglos. Er braucht nicht ausdrücklich geäußert zu werden, sondern kann, was wohl überhaupt in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle zutreffen wird, auch in einem stillschweigenden Dulden des Genusses am Schankort oder in dessen Nachbarschaft zu erblicken sein[28]). Es genügt daher, daß ein mit dem Schankort in räumlichem Zusammenhang stehender Raum in stillschweigendem Einverständnis zwischen dem Ausschenkenden und dem Käufer des Getränkes zum Genuß desselben benutzt wird.

Freilich wird hierbei vorausgesetzt, daß Ausschank und Genuß entweder unmittelbar oder in ganz kurzer Zeit aufeinander folgen! Die von uns oben gewählte Ausdrucksweise, daß der Ausschank zum Zwecke des Genusses „auf der Stelle" erfolgen müsse, ist daher nicht nur in einem rein örtlichen, sondern entsprechend der sprachlichen Doppeldeutigkeit[29]) auch in zeitlichem Sinne zu verstehen.

Diese Auffassung ist allerdings nicht unbestritten[30]). Die Berechtigung der hier vertretenen Meinung[31]) ergibt sich aber m. E. zwingend aus dem Wesen der Schankwirtschaftsbetriebe. Diese sind, wie die tatsächlichen Verhältnisse erkennen lassen, Unternehmen, die darauf abgestellt sind, daß die verabfolgten Getränke von den Käufern derselben alsbald verzehrt, nicht aber zum Vorrat für einen späteren Genuß eingekauft werden. Aus diesem Grunde geht auch einem Schankbetrieb, wie ihn das Gaststättengesetz im Auge hat, regelmäßig der Charakter einer Verkaufsstelle im Sinne der allgemeinen Verkehrsauffassung ab. Soll daher ein Schankbetrieb im Sinne dieses Gesetzes vorliegen, so müssen Ausschank und Genuß zeitlich so dicht aufeinander folgen, daß ein unbefangener Beobachter ohne weiteres von dem Ausschank den Eindruck bekommen müßte, daß dieser zum Zwecke eines sofortigen oder alsbal-

---

[28]) Vgl. OLG. Dresden in GA. 27,34.

[29]) Auf der Stelle = sofort.

[30]) Anderer Meinung sind ohne nähere Begründung: Rohrscheidt, Kommt. z. GG. § 1 Anm. 6 (S. 13); Salomon, Komment. z. GG. § 1 Anm. 2e; KG. in GA. 4,395; Conrad-Floegel, Komment. z. GG. § 1 zu Abs. 1 Anm. 4 (S. 390).

[31]) Mit der hier vertretenen Auffassung stimmen überein Michel, Komm. z. GG. § 1 Anm. IV 1b (S. 33); OLG. Stuttgart in GA. 12,449; Bayer. oberst. LG. in GA. 25,29.

digen[32]) Genusses erfolgt. Lassen jedoch die tatsächlichen Umstände dieses im konkreten Falle nicht erkennen, so liegt lediglich ein nach dem Gaststättengesetz erlaubnisfreier Ausschank vor. Der Kreis der begriffswesentlichen Merkmale einer Schankwirtschaft im Sinne des Gaststätten-Gesetzes ist damit geschlossen. Fassen wir die soeben erörterten Anzeichen zusammen, so können wir feststellen, daß ein Unternehmen dann ein Schankwirtschaftsbetrieb ist, wenn in ihm bei voller oder bedingter Oeffentlichkeit gewerbsmäßig Getränke zum Genuß auf der Stelle verabreicht werden[33]).

b) Begriffshinweisende Merkmale.

Wie bei dem Begriff der Gastwirtschaft ist die Gruppe der begriffshinweisenden Merkmale bei dem der Schankwirtschaft recht mannigfaltig. Unsere Erörterung und Darstellung der begriffshinweisenden Merkmale kann sich daher auch hier nur auf die wichtigsten beschränken.

Im Gegensatz zu den Verhältnissen bei der Gastwirtschaft ist bei der Schankwirtschaft das Vorhandensein eines besonderen Unternehmens im Sinne einer irgendwie gearteten rechtlichen oder wirtschaftlichen Betriebsform nicht zu fordern. Eine Schankwirtschaft setzt also keineswegs das Bestehen eines besonderen, speziell auf den Betrieb einer Schankwirtschaft zugeschnittenen Unternehmens voraus. Schankwirtschaft betreibt vielmehr auch schon derjenige, der neben seinem Gewerbe oder neben seiner sonstigen Tätigkeit wiederholt und mit Absicht auf Erzielung von Gewinn[34]) Getränke zum Genuß auf der Stelle verabreicht. Dieser Tatbestand kann sogar dann vorliegen, wenn im konkreten Falle auch nur ein einmaliger Ausschank stattgefunden hat, aber die Umstände ergeben, daß eine Fortsetzungsabsicht bestanden hat[35]).

Ist somit die Betriebsorganisation bzw. die Art und Weise des Ausschankes sowie der Umfang desselben für den Schank-

---

[32]) Die Feststellung, ob ein Getränk zum sofortigen bezw. alsbaldigen Genuß verabfolgt wird, ist in der Praxis leicht zu treffen. Erfolgt der Ausschank in geschlossenen, zur längeren Aufbewahrung der Getränke geeigneten Gefäßen, so dürfte regelmäßig ein Verkauf im Kleinen vorliegen. Sind aber die Gefäße offen, oder gar Trinkgefäße, so liegt zweifellos ein Ausschank zum Zwecke des sofortigen Genusses vor.

[33]) Vgl. Michel, Komment. z. GG. § 1 Anm. IV 1; Rohmer, Komment z. GG. § 1 Anm. 3; Salomon, Komment. z. GG. § 1 Anm. 2; Conrad u. Floegel, Reichsgewerbeordnung und Gaststättengesetz (Komment. z. GG. § 1 Anm. 4 zu Abs. 1).

[34]) Wie bei der Gastwirtschaft genügt auch hier die Erzielung eines mittelbaren Gewinnes. Vgl. OLG. Dresden vom 25. 6. 1913, Sächs. Archiv 1913 Seite 19; KG. in GA. 3,405; Pr. OVG. bei Reger 21,58.

[35]) Vgl. Reichsgericht bei Reger 2,316; OLG. Darmstadt in GA. 16,210; Bayer. oberst. LG. vom 3. 11. 1925 Sammlung 21,306.

wirtschaftsbegriff grundsätzlich unerheblich, so gilt das Gleiche auch bezüglich des äußeren Rahmens, unter welchem sich der Ausschank vollzieht. Eine besondere Betriebseinrichtung[36]) ist nicht erforderlich[37]). Ist jedoch eine solche für einen Schankwirtschaftsbetrieb geeignete Ausstattung vorhanden, so deutet dieses natürlich nicht nur auf einen solchen hin, sondern beweist sein Vorhandensein regelmäßig mit fast absoluter Sicherheit.

Neben der Einrichtung ist auch der Name bzw. die Bezeichnung, unter welchem der Ausschank betrieben wird, von Bedeutung. Vielfach wird es auf Grund derselben möglich sein, die Eigenart eines Unternehmens festzustellen, doch läßt sich bei der Mannigfaltigkeit der Namen und Bezeichnungen, unter welchen Schankwirtschaftsbetriebe geführt werden[38]), nicht verkennen, daß diese oft irreführend sein können. Aus diesem Grunde ist neben ihm stets auch das Gesamtbild, welches der Ausschank bietet, zu berücksichtigen. Da insoweit die Verhältnisse bei der Gast- und Schankwirtschaft in ihren Grundlinien übereinstimmen, gelten grundsätzlich die oben bei der Darstellung des Gastwirtschaftsbegriffes aufgestellten Grundsätze daher entsprechend auch hier. Nur in einem Punkt ergibt sich eine, allerdings sehr wesentliche Abweichung.

Ein Gastwirtschaftsunternehmen ist seiner Natur nach — es soll seinen Gästen eine Wohnmöglichkeit gewähren — notwendigerweise stets an das Vorhandensein eines Gebäudes gebunden. Diese Voraussetzung gilt für die Schankwirtschaft nicht! Es ist vielmehr belanglos, wo der Ort des Ausschankes und Genusses der Getränke liegt, insbesondere ob er sich in- oder außerhalb eines Gebäudes befindet. Befindet er sich außerhalb eines solchen, so braucht er auch keineswegs überdacht oder sonstwie gegen Witterungseinflüsse geschützt zu sein. Auch eine Straße muß deshalb als Schankraum im juristischen Sinne betrachtet werden, wenn die übrigen Merkmale eines Schankwirtschaftsbetriebes vorliegen. Aus diesem Grunde würde z. B. eine an einem öffentlichen Wege gelegene Verkaufsbude, in welcher Kleinhandel mit Bier betrieben wird, den Charakter einer Schankwirtschaft besitzen, wenn der Besitzer Flaschenbier an Vorübergehende verkauft und den Genuß

---

[36]) Schankwirtschaftsinventar z. B. Biertheke, große Anzahl von Gläsern, Geschirr, Vorräte an Getränken.

[37]) Vgl. Michel, Komment. z. GG. § 1 Anm. IV b: „Nicht erforderlich, daß der Ort des Genusses eigens zu diesem Zweck bestimmt und zum Trinken eingerichtet oder geeignet ist".

[38]) z. B. Kasino, Weinstube, Gaststätte, Bierkeller, Restaurant usw.

desselben vor seiner Bude bzw. in deren unmittelbarer Nachbarschaft duldet[39]).

Ueberschauen wir das Gesagte, so ergibt sich mit eindringlicher Deutlichkeit, daß der Begriff der Schankwirtschaft, so wie ihn das tägliche Leben vor Augen hat, keineswegs mit dem der Rechtswissenschaft, insbesondere mit dem des Gaststättengesetzes, übereinstimmt. Die allgemeine Verkehrsauffassung faßt den Begriff weiter. Sie betrachtet als Schankwirtschaftsbetrieb nur solche Unternehmen, die dem allgemein üblichen Typ der Schankwirtschaft entsprechen, die also besondere auf den Schankbetrieb abgestellte Betriebsformen darstellen. Die Rechtsordnung dagegen erblickt in einer Tätigkeit dann schon einen Schankwirtschaftsbetrieb, wenn dieser, vom Standpunkt des allgemeinen Sprachgebrauchs aus gesehen, sich noch erst in den allerersten Anfängen befindet, also eigentlich nur in einem wiederholten entgeltlichen Ausschank von Getränken zum Genuß auf der Stelle besteht.

Diese Tatsache ist zu berücksichtigen, wenn man als weiteres begriffshinweisendes Merkmal den Sprachgebrauch nennt. Da dieser, wie wir eben sehen, den Begriff der Schankwirtschaft weiter als die Rechtswissenschaft faßt, mithin also den Begriff der Schankwirtschaft im Sinne der Rechtswissenschaft als den engeren mit umschließt, ist der Umstand, daß man auf Grund der allgemeinen Verkehrsauffassung einen Betrieb im konkreten Falle als Schankwirtschaftsunternehmen bezeichnen würde, stets ein Zeichen dafür, daß auch eine Schankwirtschaft im Rechtssinne vorliegt.

Damit können wir unsere Darstellung der wichtigsten Merkmale der Schankwirtschaft schließen. Weitergehende Erörterungen würden den Rahmen dieser Abhandlung sprengen und zu sehr von dem eigentlichen Gegenstand derselben, der Darstellung der Beschränkung der Gewerbefreiheit des Gast- und Schankwirtsgewerbes, abführen.

[39]) Vgl. OLG. Breslau in GA. 2,419, ferner KG. in GA. 24,37; Bayer. oberst. LG. in DJZ. 1928 Sp. 1092.

Teil II.

Die Beschränkungen der Gewerbefreiheit des Gast- und Schankwirtsgewerbes auf Grund des Gaststättengesetzes.

Kapitel 1.

Die Erlaubnis (Konzession).

§ 1. Der rechtliche Charakter der Zulassung.

a) Der Name.

Das deutsche Gewerberecht wird von dem Grundsatz der Gewerbefreiheit beherrscht, dessen wesentlichster Inhalt darin zu erblicken ist, daß die freie Gewerbetätigkeit die Regel[40]), die beschränkte die Ausnahme sein soll. Die außerordentlich verwikkelte Struktur unseres Wirtschaftslebens, der scharfe Wettbewerb der einzelnen Wirtschaftsgruppen untereinander, sowie die dringende Notwendigkeit, auch auf gewerblichem Gebiete das Staatsleben in geordneten Bahnen zu halten, hat jedoch den Staat vor die Notwendigkeit gestellt, mit regelnder Hand einzugreifen und einzelnen Gewerbegruppen Beschränkungen hinsichtlich ihrer freien wirtschaftlichen Betätigung aufzuerlegen.

Wie viele andere Gewerbe ist auch das Gast- und Schankwirtsgewerbe von solchen Beschränkungen betroffen worden.

Als erste und vielleicht tiefgreifendste Beschränkung der Gewerbefreiheit ist hier die Tatsache zu nennen, daß der Beginn und Betrieb des Gast- und Schankwirtsgewerbes nicht jedem Rechtssubjekt ohne weiteres offen steht. Dieses bedarf vielmehr nach § 1 GG. regelmäßig hierzu einer Erlaubnis, die ihm das bisher verschlossene Tor zu einer im Rahmen der Gesetze freien Gewerbebetätigung öffnet. Die Erlaubnis zum Betriebe des Gast- und Schankwirtsgewerbes stellt deshalb eine Erklärung eines zuständigen Staatsorganes des Inhaltes dar, daß und unter welchen Bedingungen dem Gesuchsteller die Erlaubnis für den in Frage stehenden Betrieb erteilt wird.

Dieser Staatsakt wird gemeinhin — besonders in der Praxis — „Konzession“ genannt.

Diese Ausdrucksweise ist abzulehnen. Sie ist nicht bloß ungenau, sondern geradezu falsch, wenn man die Grenzen des Begriffs „Konzession“ nicht soweit fassen will, daß er praktisch völlig

[40]) § 1 GO.

unklar, verwaschen und deshalb unbrauchbar wird. Unter einer „Konzession" im engeren Sinne ist die Verleihung eines Rechtes an einen Privaten, welches an sich nur dem Staate, einer Gemeinde, einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft zusteht, zu verstehen, Es gewährt ihm gegenüber dem verleihenden Staat bzw. Gemeinde ein — meist befristetes — subjektives öffentliches Recht auf eine gesteigerte Sonderbenutzung der betreffenden öffentlichen Sache. Von letzterem kann aber beim Betrieb einer Gast- bzw. Schankwirtschaft keine Rede sein, denn unzweifelhaft steht den oben genannten öffentlich-rechtlichen Organisationsgebilden nach geltendem Recht kein Monopol auf den Betrieb von Gast- oder Schankstätten zu. Die Bezeichnung „Konzession" für die Erlaubniserteilung ist daher mißverständlich und besser zu vermeiden. Sie ist im folgenden durch den der „Erlaubnis" oder „Zulassung" [41]) ersetzt [42]).

b) Inhalt.

Eine besondere Genehmigung zur Ausübung einer Gewerbetätigkeit wird im Gewerberecht außer zur Errichtung gewisser industrieller Anlagen wie z. B. Schießpulverfabriken, Gasanstalten, Glashütten, Ziegeleien, chemische Fabriken, Gerbereien, Kokereien, Düngerfabriken (§§ 16 ff. G.O.) auch zum Betriebe gewisser Gewerbe gefordert (§§ 29 ff. G.O.). Der Unterschied zwischen jener — sachlichen — und dieser — persönlichen — Zulassung ist im wesentlichen darin zu erblicken, daß die Genehmigung einer Anlage der in den §§ 16 ff. genannten Art von dinglicher, d. h. die Person des Inhabers überdauernder, an dem Betriebsgegenstand haftender Wirkung ist, während die Genehmigung zum Betrieb eines gewissen Gewerbes nur eine besondere persönliche Rechtsstellung gewährt. Zu dieser Gruppe der persönlichen Zulassungen gehört auch die Erlaubnis des Gast- und Schankwirtsgewerbes. Sie ist ihrem rechtlichen Wesen nach mit Otto Mayer [43]) als „Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt" zu bezeichnen, wobei man unter letzterem einen Polizeirechtssatz zu verstehen hat, der die Gewerbefreiheit in der Weise beschränkt, daß er eine gewerbliche Tätigkeit allgemein verbietet, gleichzeitig aber den zuständigen Verwaltungs-

[41]) Zulassung in ganz allgemeinem Sinne, nicht nur in dem des § 7 GG.

[42]) Ohne hier auf Einzelheiten einzugehen, mag lediglich die Terminologie des Gaststättengesetzes erwähnt werden: Diese spricht von Zulassung und Gestattung in den §§ 7 und 8, von einer Erlaubnis in den §§ 1 und 6. Diese beiden Gruppen unterscheiden sich durch das Verfahren, welches den Rechtsschutz und die Erteilung der Erlaubnis regelt, siehe § 18 GG.

[43]) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht 3. Auflage I. § 22 Seite 339 ff.

behörden die Befugnis erteilt, nach Prüfung der polizeilich zu schützenden Interessen im Einzelfalle durch Erlaubniserteilung von dem allgemeinen Verbot zu befreien. Die Zulassung ist daher der Ausspruch eines zuständigen Staatsorganes, daß im konkreten Falle von dem allgemeinen Verbot des Betriebes des betreffenden Gewerbes abgesehen und dieses gestattet werden soll.

Ist damit die begriffliche Zugehörigkeit der Erlaubnis des Gast- und Schankwirtsgewerbes auch geklärt, so gilt das Gleiche keineswegs auch hinsichtlich ihres Inhaltes. Es ist nämlich nicht ohne weiteres ersichtlich, in welcher Weise sich die Erteilung einer Gast- oder Schankwirtschaftserlaubnis auswirkt, insbesondere ist es zweifelhaft, ob durch die Erlaubniserteilung ein Recht geschaffen oder etwa nur der Weg zu einer bisher latent vorhanden gewesenen Freiheit geöffnet wird. Auch ist es möglich, den Vorgang der Erlaubniserteilung so aufzufassen, daß die Zulassung vielleicht überhaupt keinen besonderen Inhalt ihr eigen nennt, also nur eine reine Tatsache darstellt.

Ueberprüft man die letztgenannte Annahme, so stellt sich sehr bald heraus, daß diese aus vielfachen Gründen nicht haltbar ist.

Zunächst steht ihr der § 1 GO. entgegen. In diesem heißt es in Absatz 1: „Der Betrieb eines Gewerbes ist jedermann gestattet, soweit nicht durch dieses Gesetz Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind.“ Das allgemeine Prinzip der Gewerbefreiheit gilt also nicht uneingeschränkt. Ausnahmen und Beschränkungen können es durchbrechen. Solche ergeben sich aber nicht nur allein aus Gesetzen oder ihnen gleichgestellten Vorschriften des Gesetzgebers oder hierzu ermächtigter Staatsorgane, sondern auch aus der einfachen Tatsache, daß der Betrieb des Gewerbes j e d e r m a n n gestattet ist. Soll die Gewerbefreiheit aber grundsätzlich für alle Rechtssubjekte ohne Ausnahme bestehen, so kann ihre Ausnutzung nur insoweit zulässig sein, als sie andere Rechtssubjekte nicht von deren Genuß ausschließt. In diesem Sinne spricht also der § 1 GO. nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht aus. Aus dieser Verpflichtung, das Recht anderer Rechtssubjekte auf Gewerbefreiheit zu respektieren, ergibt sich andererseits natürlich auch ein Recht derselben, ein entsprechendes Verhalten zu fordern.

Wird nun ein Rechtssubjekt durch Erteilung der Erlaubnis zum Betrieb einer Gast- oder Schankwirtschaft zugelassen und gelangt es wieder zum Genuß der Gewerbefreiheit, so kann auch die Erklärung des Staatsorganes, welche die Zulassung ausspricht, und so dem Antragsteller eine ganz neue Rechtsstellung verschafft,

keine einfache Tatsache sein, sondern muß einen bestimmten Inhalt haben.

Diese Auffassung steht im Einklang mit der Tatsache, daß der § 1 GO. im übrigen auch nicht nur für Rechtsverhältnisse unter Privaten, sondern auch für die Rechtsbeziehungen der Staatsgewalt zu diesen von Bedeutung ist. Artikel 111 der Reichsverfassung bestimmt daher: „Alle Deutschen genießen Freizügigkeit im ganzen Reiche. Jeder hat das Recht, sich an beliebigem Ort des Reiches aufzuhalten oder niederzulassen, Grundstücke zu erwerben und jeden Nahrungszweig zu betreiben. Einschränkungen bedürfen eines Reichsgesetzes.“ Desgleichen spricht Artikel 151 Abs. 3 der Reichsverfassung ausdrücklich den Grundsatz der Gewerbefreiheit mit folgenden Worten aus: „Die Freiheit des Handels und Gewerbes wird nach Maßgabe der Reichsgesetze gewährleistet.“

Aus diesen Vorschriften geht mit Klarheit hervor, daß der Gesetzgeber soweit als nur möglich den Grundsatz der Gewerbefreiheit unangetastet wissen will. Aus dem § 1 GO. und den Artikeln 111 und 151 Abs. 3 der Reichsverfassung ergibt sich daher für die Staatsgewalt die Pflicht, die gewerblichen Rechtshandlungen der gewaltunterworfenen Rechtssubjekte nur bei zwingendem Grund zu stören, sie also normalerweise nicht zu beeinträchtigen. Da auch hier aus der Pflicht der Staatsgewalt, ein solches Verhalten zu beobachten, ein Recht des gewaltunterworfenen Rechtssubjektes auf ein solches Verhalten zu folgern ist, so erlangt dieses, wenn es durch den Akt der Zulassung wieder in den Genuß der Gewerbefreiheit gelangt, wie schon oben erwähnt, eine bestimmte Rechtsposition, die man als den Inhalt der Erlaubnis bezeichnen muß.

Wie ist dieser nun im einzelnen beschaffen und welchen Umfang hat er? Bei der Beantwortung dieser Frage ist davon auszugehen, daß die Zulassung des Gast- und Schankwirtsgewerbes eine „gebundene Erlaubnis“ im Sinne Otto Mayers [44]) ist. Das bedeutet also, daß die für die Erlaubniserteilung zuständige Behörde, wenn sie um die Gewährung der Zulassung zum Betrieb einer Schank- oder Gastwirtschaft angegangen wird, nicht lediglich nach freiem Ermessen, sondern nach bestimmten, gesetzlich festgelegten Regeln über das Gesuch des Antragstellers zu befinden hat. Dieser ist daher kein schutzloses Opfer behördlichen Ermessens. Erfüllt er die gesetzlich vorgeschriebenen Voraussetzungen für die Erteilung der Erlaubnis, so hat er auch einen Anspruch darauf,

[44]) O. Mayer a. a. O. Seite 254.

daß diese ihm erteilt wird. Der Antragsteller hat also ein Recht gegenüber der Staatsgewalt auf Einräumung der in der Erlaubnis verkörperten Rechtsstellung, ein Recht, das er sich nötigenfalls auf dem Wege des Verwaltungsstreitverfahrens erzwingen kann[45]).

Die Rechtslage ist hier also so, daß das Gaststättengesetz einen konkreten, genau abgegrenzten Anspruch auf eine im Gesetz in Aussicht gestellte Leistung des Staates, die Zulassung, ausspricht. Das Rechtssubjekt, welches um die Erteilung nachsucht, tritt daher der Staatsgewalt nicht als Bittender, sondern als Fordernder, als Gläubiger, gegenüber. Es hat ein subjektiv-öffentliches Recht auf Erteilung der Erlaubnis und Einräumung einer dieser entsprechenden Rechtsstellung[46]) [47]).

Jedes Rechtssubjekt hat aber auch ein subjektiv-öffentliches Recht darauf, daß die Zulassung, wenn sie gewährt worden ist, bestehen bleibt, sofern nicht einer der gesetzlich festgelegten Entziehungsgründe[48]) vorliegt. Es entscheidet nicht das freie Ermessen der Zulassungsbehörde über das Bestehen einer Erlaubnis zum Betrieb einer Schank- oder Gastwirtschaft, sondern das Gesetz. Der § 12 G.G. zählt in Verbindung mit § 151 Abs. 2 G.O. alle Gründe für die Entziehung einer Gast- oder Schankwirtschaftserlaubnis auf. Jeder Inhaber einer Erlaubnis kann daher verlangen, daß man ihn in dieser eingeräumten Rechtsstellung unbehelligt läßt, wenn er nicht den im Gesetz und in der Erlaubnis festgelegten Vorschriften zuwiderhandelt[49]).

Freilich ist die durch die Erlaubniserteilung zur Entstehung gelangte Rechtsstellung zeitlich nicht von unbeschränkter Dauer. Wenn § 3 Abs. 4 G.G. eine Erlaubnis, die auf Zeit oder Widerruf gewährt ist, für unzulässig erklärt[50]), so ist damit nur eine scheinbare Befreiung von zeitlichen Beschränkungen ausgesprochen. In Wirklichkeit besagt diese Vorschrift, daß die Geltungsdauer regelmäßig mit der Lebensdauer des zugelassenen

---

[45]) vergl. § 18 Ziff. 2 GG.

[46]) Ebenso Fleiner Institutionen Seite 408; Bühler, Die subjektiv-öffentlichen Rechte Seite 243; Hofacker, Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen, Stuttgart 1926 Seite 12 ff.

[47]) Die Rechtslage ist sehr umstritten, da es bis heute noch nicht gelungen ist, eine Einigung über den Begriff des „subjektiv-öffentlichen Rechts" herbeizuführen. Auf den einschlägigen Fragenkomplex einzugehen, ist im Rahmen dieser Abhandlung nicht möglich.

[48]) § 12 GG.

[49]) Vergl. auch Bühler, zur Theorie des subjektiv-öffentlichen Rechts, Seite 45 ff.; Michel, Komment. z. GG. § 1 Anm. VIII; Conrad u. Floegel, Komment. z. GG. § 3 Anm .2.

[50]) Vergl. auch § 40 Abs. 1 GO.

Rechtssubjektes zusammenfallen soll. Diese fällt bei natürlichen Personen mit der tatsächlichen Lebensdauer zusammen. Bei juristischen Personen wird hingegen eine solche fingiert und auf 30 Jahre festgesetzt. Nach Ablauf dieses Zeitraumes (vom Tage der Erteilung der Erlaubnis an gerechnet) erlischt die erteilte Erlaubnis von selbst, ohne jeden besonderen Verwaltungsakt. § 5 G.G. [51]).

Eine anderweitige Befristung einer Erlaubnis zum Betrieb einer Gast- oder Schankwirtschaft, insbesondere eine Befristung auf kürzere bestimmte Zeitabschnitte ist, soweit nicht vom Gaststättengesetz Ausnahmen in dieser Hinsicht vorgesehen sind [52]), unzulässig. Wird eine Erlaubnis trotzdem unter einer solchen — nicht statthaften — Befristung erteilt, so fällt der ganze Verwaltungsakt der Nichtigkeit anheim, falls sich aus den Umständen ergibt, daß die Verwaltungsbehörde ohne diese Befristung die Zulassung nicht erteilt haben würde. Sind aber Anhaltspunkte für ein solches Verhalten nicht festzustellen, nimmt man also an, daß das Staatsorgan auch ohne diese Beschränkung die Erlaubnis erteilt haben würde, so ist nicht der ganze Verwaltungsakt, sondern nur der unzulässige [53]) Zusatz der Befristung nichtig [54]).

Nicht in Widerspruch mit dem in § 3 Abs. 4 G.G. ausgesprochenen grundsätzlichen Verbot der Befristung einer Erlaubnis stehen die Zulassungen, die den Betrieb auf bestimmte Tagesstunden oder Tage, Jahreszeiten [55]) beschränken [56]). Wenn es in solchen Fällen auch den Anschein hat, daß hier eine Befristung vorliegt, so ist dies doch tatsächlich nicht der Fall. Es handelt sich hier in Wahrheit nicht um eine in ihrer Gültigkeit zeitlich befri-

---

[51]) Durch diese Vorschrift soll eine bessere Ueberwachung der juristischen Personen ermöglicht werden. Sie soll erreichen, daß bei diesen die Prüfung der persönlichen Zuverlässigkeit der für die Betriebsleitung verantwortlichen Personen und die Prüfung des Bedürfnisses nicht für unbegrenzte Zeit entfällt und so wirtschaftlich ein Zustand zur Entstehung gelangt, der praktisch einer Realgewerbeberechtigung gleichkommt.

[52]) §§ 5 Abs. 2; 7; 8 GG.

[53]) Auch eine Zustimmung des Antragstellers kann den Verwaltungsakt nach herrschender Meinung nicht zulässig machen. A. M. RG. vom 1. 10. 1909. GA. 9,260.

[54]) Vergl. Walter Jellinek. Der fehlerhafte Staatsakt, Seite 92 und Verwaltungsrecht, Seite 258 ff.; Pr. OVG. bei Reger 27,46; Conrad u. Floegel, Komment. z. GG. § 3 Anm. 15; Rohmer, Komment. z. GG. § 3 Anm. 6.

[55]) z. B. bei Sommerwirtschaften.

[56]) Herrschende Meinung. Vergl.: Rohmer, Komment. z. GG. § 4 Anm. 6a Abs. 3, sowie die dort zitierten Entscheidungen; Conrad u. Floegel, Komment. z. GG. § 3 Anm. 11 (Seite 402 oben); Kerstiens, Komment. z. GG. § 3 Anm. 12.

stete Erlaubnis, sondern um eine solche, die für einen zeitlich gebundenen Betrieb besteht[57]). Ihr Erlöschen tritt daher nicht infolge Zeitablaufs, sondern darum ein, weil für das betreffende Gast- oder Schankwirtschaftsunternehmen nur ein zeitweises Bedürfnis besteht, sonst aber infolge Wegfalls des Kundenkreises eine tatsächliche Unmöglichkeit der Ausnutzung der Erlaubnis gegeben ist.

Wenn auch das Gast- und Schankwirtsgewerbe durch die Vorschrift des § 3 Abs. 4 G.G. davor bewahrt ist, daß durch die Praxis der Verwaltungsbehörden im Wege einer engen zeitlichen Begrenzung ein Druck auf die freie gewerbliche Betätigung ausgeübt wird, so kann dies dennoch über den allgemein beschränkenden Charakter einer Begrenzung der Geltungsdauer einer Rechtsstellung nicht hinwegtäuschen. Dies erhellt vor allem daraus, daß das Bestehen einer rechtswirksamen Zulassung nicht nur von der tatsächlichen oder fingierten Lebensdauer des betreffenden Rechtssubjektes, sondern auch von der Tatsache des fortgesetzten Besitzes des zugelassenen Unternehmens abhängig ist. Denn nach §§ 1, 3 Abs. 4 G.G. kann die Erlaubnis zum Betriebe einer Gast- oder Schankwirtschaft nur für eine bestimmte Rechtspersönlichkeit erteilt werden. Eine Aenderung im Betrieb des Unternehmens — ganz gleich, ob sie von der persönlichen oder sachlichen Seite kommt — hat deshalb stets die Notwendigkeit einer erneuten Zulassung mit allen ihren Schwierigkeiten und Kosten zur Folge.

Ist somit der Bestand einer Erlaubnis von der Tatsache des fortgesetzten und unveränderten Besitzes des betreffenden Unternehmens abhängig, so ist in gleicher Weise die Erlaubnis auch in ihrer Rechtswirksamkeit dadurch bedingt, daß der Besitzer derselben diese auch ausnützt, d. h. von der ihm erteilten Erlaubnis Gebrauch macht. Will daher der Antragsteller, dem eine Erlaubnis erteilt worden ist, die ihm in dieser eingeräumte Rechtsstellung nicht aufs Spiel setzen, so muß er den Betrieb des genehmigten Unternehmens, wenn auch nicht unverzüglich, so doch innerhalb einer bestimmten Frist, beginnen. Dieser Zwang zur Ausübung des Gewerbes ergibt sich aus § 4 G.G. Jn dieser Vorschrift wird der zuständigen Verwaltungsbehörde die Anordnung einer Frist bis zu einem Jahr anheimgestellt, binnen derer der Betrieb von dem Anhaber der Erlaubnis bei Androhung des Verlustes derselben begonnen sein muß[58]).

[57]) So auch O. Mayer a. a. O. Seite 249.

[58]) Die Frist kann in Ausnahmefällen bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, für den der Antragsteller beweispflichtig ist, verlängert werden. § 4 Abs. 1 GG.

Als Beschränkung der in der Erlaubnis verkörperten Rechtsstellung und insoweit auch als Beschränkung der Gewerbefreiheit ist es auch zu betrachten, daß es dem Gast- oder Schankwirt verwehrt ist, seinen Betrieb aus freiem Willensentschluß auf beliebig lange Zeit ruhen zu lassen. Da § 4 Abs. 2 G.G. das Erlöschen der Erlaubnis ausspricht, falls der Inhaber seinen Betrieb seit einem Jahr[59]) nicht mehr ausgeübt hat, ist der Wirt somit nicht nur zum Beginn seines Gewerbes, sondern auch zur Fortführung desselben ohne längere Unterbrechung gezwungen. Die Stillegung des Betriebes auf länger als ein Jahr, bewirkt automatisch das Erlöschen sämtlicher, sich aus der Erlaubnis ergebenden Rechte und zwar unabhängig davon, ob die Stillegung mit oder ohne den Willen des Inhabers geschehen ist[60]) [61]).

§ 2. Die Zulassung als subjektiv und objektiv gebundenes Rechtsinstitut.

a) Die Bindung in subjektiver Beziehung.

Subjekt, d. h. Träger einer Erlaubnis zum Betriebe des Gast- oder Schankwirtsgewerbes, kann nach § 1 Abs. 1 G.G. sowohl eine physische, wie eine juristische Person, als auch ein nicht rechtsfähiger Verein sein. Weitaus die Mehrzahl aller Rechtspersönlichkeiten besitzt daher die Fähigkeit, Inhaber einer Zulassung zu sein. Man kann deshalb unbedenklich davon ausgehen, daß grundsätzlich jedes Rechtssubjekt Träger einer Erlaubnis sein kann, zumal § 1 Abs. 1 G.G. sehr allgemein gefaßt ist („Wer ... betreiben will ....") und Beschränkungen der Gewerbefreiheit, die sich auf tatsächliche Umstände, wie Alter, Geschäftsfähigkeit, Geschlecht, Staatsangehörigkeit[62]) [63]) gründen, nicht bestehen.

---

[59]) Auch hier kann die einjährige Frist bei Vorliegen eines wichtigen Grundes verlängert werden. § 4 Abs. 2 GG.

[60]) Ebenso Salomon, Komment. z. GG. § 4 Anm. 1; ferner Michel, Komment. z. GG. § 4 Anm. II 1 (Seite 82 unten).

[61]) In § 49 Abs. 3 GO. befindet sich eine ähnliche Vorschrift für Betriebseinstellungen genehmigter Anlagen und bestimmter Gewerbebetriebe. Die dort bestimmte Frist ist aber wesentlich länger und beträgt drei Jahre.

[62]) Nur ausländische physische Personen bedürfen zum Betrieb der Gast- oder Schankwirtschaft vielfach ministerieller Genehmigung. Vergl. z. B. in Preußen §§ 12 Abs. 1 GO., 35 GG., Gesetz vom 22. 7. 1861 und 29. 6. 1914.

[63]) Die Gleichstellung von In- und Ausländern ergibt sich aus dem Grundsatz der Gewerbefreiheit § 1 GO., der nach § 35 GG. für die in § 1 Abs. 1 GG. aufgezählten Betriebe aufrecht erhalten ist.

Eine Beschränkung der Gewerbefreiheit im Sinne einer Unfähigkeit zum Erwerb einer Erlaubnis besteht somit für natürliche Rechtssubjekte überhaupt nicht [64]), für andere nur insoweit, als das Gast- oder Schankwirtschaftsunternehmen durch andere Personenvereinigungen ohne Rechtsfähigkeit, als den oben genannten, nicht rechtsfähigen Verein, betrieben werden soll. In Betracht kommen hier namentlich die offenen Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften, denen keine Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 G.G. erteilt werden kann, da sie nach herrschender Meinung nicht als juristische Personen angesehen werden können. Bei diesen Gesellschaften, zu denen man auch die Gesellschaften des bürgerlichen Rechts noch rechnen muß, müssen je nach den persönlichen Verhältnissen alle oder einige der geschäftsführenden Gesellschafter um Zulassung zum Betriebe des Gewerbes nachsuchen und die Erlaubnis erwerben [65]) [66]).

Wie wir unten (Seite 27) bereits andeuteten, besitzt die Erlaubnis des Gast- und Schankwirtsgewerbes einen höchst persönlichen Charakter [67]). Sie ist deshalb äußerst eng mit der Person des Inhabers verknüpft und in ihrem Bestehen von diesem abhängig. Man kann sie daher auch als ein subjektiv gebundenes Rechtsinstitut bezeichnen [68]).

Aus der Tatsache dieser engen Bindung folgt aber auch, daß Aenderungen in der Persönlichkeit des Trägers einer Erlaubnis rechtlich von Bedeutung sein müssen.

Bei natürlichen Personen wirkt sich die subjektive Bindung dahin aus, daß eine Aenderung in der Person des Inhabers der

---

[64]) Abgesehen von den Ausschließungsgründen nach § 2 Ziff. 1—5 GG.

[65]) Ebenso Rohmer, Komment. z. GG. § 1 Anm. 5b; Kerstiens, Komm. z. GG. § 1 Anm. 6.

[66]) Dabei ist es möglich und zulässig, daß die Erlaubnis einigen der Gesellschafter erteilt, anderen aus persönlichen Gründen verweigert wird. (Vergl. § 2 Ziffer 1 GG.). Wenn einige Entscheidungen der Verwaltungsgerichte sich auf den Standpunkt gestellt haben, daß bei einer offenen Handelsgesellschaft alle Gesellschafter im Besitz der Erlaubnis sein müssen, so geht dieses m. E. zu weit. Es ist sehr wohl denkbar, daß die Tätigkeitsgebiete der einzelnen Gesellschafter durchaus verschieden und so gestaltet sind, daß der zugelassene allein den eigentlichen Wirtschaftsbetrieb führt, während der andere sich nur kaufmännisch und ohne mit den Gästen in Berührung zu kommen beschäftigt. Vergl. zu dieser Frage die abweichende Meinung des Urteils des Prov.Aussch. Starckenburg vom 6. 12. 13 in GA. 13,396.

[67]) Aus diesem Grund kann sie auch nicht zum Gegenstand irgendwelcher selbständiger Privatrechtsgeschäfte z. B. Veräußerung, Verpachtung, Uebertragung durch letztwillige Verfügung usw. gemacht werden.

[68]) Ebenso Kerstiens, Komment. z. GG. § 1 Anm. 4.

Zulassung, die hier nur in einem Wechsel der Persönlichkeit bestehen kann, stets die Notwendigkeit einer erneuten Zulassung bedingt. Soll daher eine Gast- oder Schankwirtschaft durch einen anderen Inhaber als den bisherigen geführt werden, so muß dieser, selbst wenn er im Wege der Erbfolge in den Besitz des Betriebes gelangt sein sollte, erst für sich die Erlaubnis erwerben [69]).

Erfordert somit bei natürlichen Rechtspersönlichkeiten ein Wechsel in der Person des Betriebsinhabers eine neue Erlaubnis für den Nachfolger, so muß das Gleiche grundsätzlich auch dann gelten, wenn ein korporativer Träger der Erlaubnis vorhanden ist und sich in dessen Aufbau eine Aenderung vollzieht. Es ist daher zu prüfen, inwieweit eine solche Wandlung in der rechtlichen Struktur (z. B. Ueberführung einer offenen Handelsgesellschaft in eine Aktiengesellschaft) das Bestehen der Erlaubnis berührt.

Ausgangspunkt für unsere Untersuchung muß auch hier der höchstpersönliche Charakter der Erlaubnis sein, da dieser die enge Verknüpfung der Erlaubnis mit deren Inhaber bewirkt. Steht dank dieser die Zulassung ausschließlich dem Inhaber zu, der in der Urkunde genannt ist, so muß es ausschlaggebend sein, ob im konkreten Falle eine Aenderung in dem Aufbau des korporativen Trägers vorliegt, die eine Wandlung der Rechtspersönlichkeit und demzufolge eine Rechtsnachfolge bewirkt, oder ob nur ein personeller Wechsel innerhalb des korporativen Trägers stattfindet, aber der rechtliche Charakter des Unternehmens selbst unberührt bleibt.

Geschieht die Veränderung in der Weise, daß der bisherige Inhaber verschwindet, (z. B. Umänderung einer Genossenschaft in eine Aktiengesellschaft, Verschmelzung zweier Aktiengesellschaften zu einer neuen Aktiengesellschaft), so erlischt auch die bisher geltende Zulassung, da ihr Träger fortgefallen ist. Das Gleiche gilt auch im Falle der Fusion nach § 305 HGB. mit der Maßgabe, daß es nur für die Betriebe der aufgenommenen Gesellschaft einer erneuten Zulassung bedarf, nicht jedoch für die im Besitz der Aufnahmegesellschaft befindlichen und ihr zugelassenen Unternehmen. Nicht rechtsfähige Vereine, die durch Eintragung in das Handelsregister zu einem rechtsfähigen werden, brauchen nicht um erneute Zulassung des Betriebes nachsuchen, da der bisherige Inhaber fortbesteht und nur jetzt unter der neuen Form des rechtsfähigen Vereins geführt wird und somit von einer Rechtsnachfolge und dem damit verbundenen Erlöschen der Erlaubnis keine Rede sein kann [70]).

[69]) Vergl. § 6 Abs. 3 GG.
[70]) Herrschende Meinung. Vergl. auch RGZ. 85,256.

Hieraus ergibt sich, daß Veränderungen in der Struktur des korporativen Trägers nur dann erheblich sind, falls sie dessen rechtlichen Charakter berühren. Ist dieses aber nicht der Fall, bleibt also der bisherige rechtliche Aufbau bestehen, so wirkt auch die früher erteilte Erlaubnis weiter und läßt den Betrieb nach wie vor als erlaubten erscheinen.

Gemeinhin kümmert sich die Rechtsordnung nicht um die persönlichen Eigenschaften eines Rechtssubjektes, wenn dieses gewerblich tätig wird. Die moralische und rechtliche Vertrauenswürdigkeit und Zuverlässigkeit mag zwar im geschäftlichen Leben von großer Bedeutung und Einfluß sein, rechtlich ist sie jedoch grundsätzlich unerheblich. Für das Gast- und Schankwirtsgewerbe trifft dies wie für einige andere Berufsgruppen, die die Gewerbeordnung aufzählt[71]), nicht zu. Für diese fordert der Gesetzgeber eine besondere Vertrauenswürdigkeit, da er der Auffassung ist, daß zweifelhafte Personen in diesen Berufen besonders verderblich wirken und zu Quellen dauernder und tiefgreifender Störungen der guten Ordnung des Staatslebens werden können. Mag hieraus auch vielleicht eine gewisse Hebung des Berufsansehens dieser Gewerbe resultieren, so kann sich doch gerade aus diesem Umstand auch eine fühlbare Beschränkung der Gewerbefreiheit ergeben, da Werturteile über die moralische und rechtliche Zuverlässigkeit einer Person sehr verschieden ausfallen und stark durch die Einstellung der prüfenden Behörde subjektiv beeinflußt sein können.

Voraussetzung für das Bestehen der Fähigkeit zum Erwerb einer Schank- oder Gastwirtschaftserlaubnis ist, daß der Antragsteller gewissen, an seine Person geknüpften Bedingungen genügt. Diese sind als Forderung des Gesetzgebers auf das Nichtvorhandensein gewisser ungünstiger, gegen den Antragsteller sprechender Tatsachen zu betrachten. Dieser ist deshalb nur dann geeignet, wenn sich in seiner bisherigen Lebensführung bestimmte, vom Gesetz aufgezählte[72]) nachteilige Tatsachen nicht nachweisen lassen[73]). Wenn der Gesetzgeber von solchen spricht, so soll damit

---

[71]) z. B. Unternehmer von Privatkranken-, Privatentbindungs-, Privatirrenanstalten (§ 30 GO.), Schauspielunternehmer (§ 32 GO.), ferner die in §§ 34 34a, 35 angeführten Unternehmer.

[72]) Für das Gast- und Schankwirtsgewerbe sind lediglich die des § 2 Abs. 1 GG. maßgebend.

[73]) Allein aus der Tatsache, daß früher bereits ein Gesuch des Antragstellers um Zulassung zum Betrieb einer Schank- oder Gastwirtschaft abgelehnt worden ist, kann an sich noch nicht ohne weiteres aus dem Gesichtspunkt einer res iudicata auf Abweisung erkannt werden. Durch die Stellung eines Antrags auf Gewährung der Erlaubnis wird keineswegs das Recht, nach Abweisung einen erneuten zu stellen, konsumiert, da die Ver-

zum Ausdruck gebracht werden, daß es im konkreten Falle nicht genügt, daß die für die Erteilung der Erlaubnis zuständige Behörde aus freier Ueberzeugung der Meinung ist, daß die bisherige Lebensführung nach menschlicher Voraussicht nicht die Gewähr für eine künftige, die Interessen des Gemeinwohls und des gedeihlichen Zusammenlebens der Staatsbürger nicht verletzende Ausübung des Gewerbebetriebes zu bieten vermag. Es müssen vielmehr konkrete Umstände vorliegen, auf die die Versagung der Zulassung rechtlich begründet wird.

Diese Tatsachen können sowohl in inneren Handlungen wie Unterlassungen, als auch in äußeren Verhältnissen und Umständen bestehen. Zu beachten ist aber, daß bloße Gerüchte und Vermutungen keine geeignete Grundlage für eine versagende Entscheidung abgeben können. Andererseits braucht auch durchaus nicht eine strafgerichtliche Verurteilung[74]) oder auch nur die Erfüllung eines strafrechtlichen Tatbestandes das vom Gesetz geforderte Tatsachenelement darzustellen. Strafrechtliche Urteile haben keine die Zulassungsbehörde bindende Kraft[75])[76]). Es ergibt sich also, daß die Tatsachen so gestaltet sein müssen, daß sie die begründete Annahme rechtfertigen, daß der Antragsteller die für den Gewerbebetrieb erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt[77]). Dieser Mangel muß ihm dauernd als Charaktereigenschaft und nicht bloß vorübergehend wegen gelegentlicher Verfehlungen anhaften[78]). Ist nur letzteres der Fall, so liegt ein Versagungsgrund trotz vorgekommener Unregelmäßigkeiten nicht vor, es sei denn, daß festgestellt werden kann, daß der Antragsteller auf Grund seiner Wesenseigenschaften als unzuverlässig zu bezeichnen ist[79]).

---

sagung lediglich feststellt, daß zur Zeit die Erteilung der Erlaubnis nicht möglich und statthaft ist. M. E. kommt es in dieser Frage allerdings sehr viel darauf an, innerhalb welchen Zeitraumes ein erneuter Antrag gestellt wird. Geschieht dies unmittelbar oder kurze Zeit später, so dürfte der Einwand der res iudicata doch wohl nicht von der Hand zu weisen sein. Vergl. zu dieser Frage Pr.OVG. 5,291; Bayer. VGH. Sammlung 12,72.

[74]) So z. B. wenn seit der erfolgten Verurteilung erhebliche Zeit vergangen ist, in der sich der Antragsteller eines einwandfreien Lebenswandels befähigt gezeigt hat. Vergl. VGH. in GA. 14,243.

[75]) Pr.OVG. in GA. 23,442.

[76]) Damit steht nicht in Widerspruch, daß sie für § 2 Ziffer 2 GG. die Voraussetzung für die Annahme einer Tatsache bilden. Hierbei ist aber nicht so sehr die verhängte Strafe, als der ihr zu Grunde liegende Tatbestand wesentlich. Vergl. zu dieser Frage auch Bayer. VGH. in GA. 20,52 u. 176.

[77]) Vergl. Bayer. VGH. Samml. 1,291 Entsch. v. 29. 4. 21 bei Reger 42,9; Pr.OVG. 79,293.

[78]) Pr.OVG. 14, 318; v. 10. 6. 26 in GA. 24,217.

[79]) Pr.OVG. in GA. 26,567. Vergl. Pr.OVG. im Pr.Verw.Bl. 47, 406 ff.

Die Umstände, welche eine Versagung der Zulassung rechtfertigen, brauchen nicht unbedingt ausschließlich in der Person des Antragstellers begründet zu sein. Auch solche Vorgänge, an denen er nicht unmittelbar aktiv beteiligt war, aber die sich in so engem Zusammenhang mit seiner Person vollzogen haben, daß sie auf ihn ein nachteiliges Licht werfen, sind zu berücksichtigen [80]). Aus diesem Grunde können z. B. auch Verfehlungen eines Ehegatten oder anderer naher Angehöriger die Erteilung der Erlaubnis als unratsam erscheinen lassen.

Die Beantwortung der Frage, ob bei dem Antragsteller die oben charakterisierten Tatsachen vorliegen, die ihn als Gast- bezw. Schankwirt als ungeeignet und unerwünscht erscheinen lassen, stellt sich als eine Ermessensfrage der zuständigen Behörde dar, die hier frei nach bestem Wissen und Gewissen unter Beachtung der von der Rechtsordnung aufgestellten Normen entscheiden muß. Da die Prüfung der Zuverlässigkeit im Hinblick auf den geplanten Gewerbebetrieb erfolgt, kann sie auch nur Gegenstände umfassen, die mit diesem in Beziehung stehen. Somit sind z. B. Gesichtspunkte religiöser, politischer Art usw. ausgeschlossen, solche finanzieller Art [81]), oder solche, die auf einen Befähigungsnachweis [82]) abzielen, nur mit größter Vorsicht zu berücksichtigen.

Eine Prüfung der allgemeinen Zuverlässigkeit unter dem Hauptgesichtspunkt der fachlichen oder finanziellen Eignung läßt sich m. E. aus dem sehr allgemeinen Wortlaut des § 2 Ziff. 1 GG., „daß der Antragsteller die für den Gewerbebetrieb erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt", nicht herleiten und zwar ergibt sich dieses aus folgender Erwägung.

Gemäß dem im deutschen Gewerberecht geltenden Grundsatz der Gewerbefreiheit muß, wie schon oben erwähnt, die freie Gewerbetätigkeit die Regel, die beschränkte die Ausnahme bilden. Diesem Grundsatz entsprechend sind auch die bestehenden Vorschriften auszulegen, d. h. also restriktiv — im Gegensatz zur Uebung der Verwaltungsbehörden und Gerichte, welche überwiegend unter Verkennung des Ausnahme-Charakters der Vorschriften des Gaststättengesetzes eine meist recht extensive Interpretation bevorzugen [83]). Diesem Brauch kann jedoch m. E. nicht bei-

[80]) Vergl. Thür.OVG. bei Reger 34,220; Sächs.OVG. i. Jahrb. 28,234. Bayer VGH. in GA. 12,602.

[81]) Vergl. Begründung zu § 2 Nr. 1 GG. der Regierungsvorlage.

[82]) S. a. Pr.Min.Erl. v. 13. 6. 30. Min.Bl. f. d. in. Verw. S. 546.

[83]) Wieweit diese extensive Interpretation geht, ergibt ein Blick auf die Uebung einer großen Anzahl von Stadt- bzw. Bezirksausschüssen in Preußen. Dort sprechen sich die Polizei und die Konzessionsbehörden vielfach ein Recht zur Prüfung der wirtschaftlichen Abmachungen zwischen

gepflichtet werden. Restriktiv ist auch dann auszulegen, wenn eine Bestimmung, wie das Gaststättengesetz, (Bekämpfung des Alkoholgenusses) ausgesprochenen Kampfcharakter trägt. Neben dem Zweck eines Gesetzes ist auch seine begriffliche Stellung innerhalb eines übergeordneten Gesetzkomplexes zu beachten. Da beide sich aber voneinander grundlegend unterscheiden, genügt es nicht, ein Gesetz und den anläßlich seiner Beratung zutage getretenen gesetzgeberischen Willen isoliert zu betrachten. Vielmehr ist darüber hinaus auch seine Gesamtstellung zu anderen, höher gestellten [84]) allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu berücksichtigen. Diese sind für das Gaststättengesetz in der freiheitlich eingestellten Gewerbeordnung zu erblicken. Deshalb kann m. E. angesichts der Tatsache, daß wir es im Gaststättengesetz mit Normen von Ausnahme-Charakter zu tun haben, nur eine Entscheidung zu Gunsten einer engen Auslegung des § 2 Ziff. 1 GG. möglich sein. Ich halte deshalb — wie bereits erwähnt — eine Prüfung des Antragstellers unter dem Gesichtspunkt der allgemeinen Zuverlässigkeit auf seine fachliche Eignung für unzulässig [85]) [86]).

---

dem Verpächter und dem Pächter eines Wirtschaftsbetriebes zu. Sie beanspruchen insbesondere das Recht, prüfen zu dürfen, ob die Pachtbedingungen tragbar sind oder nicht. Man tut dieses unter dem Gesichtspunkt der Prüfung der persönlichen Zuverlässigkeit des antragstellenden Pächters mit der Begründung, daß eine Zuverlässigkeit im Sinne des Gaststättengesetzes nicht gesichert sei, falls dieser einen Vertragsinhalt vereinbare, den er nicht halten könne, ohne sich zu ruinieren, oder die Führung seines Unternehmens in einer den Zielen des Gaststättengesetzes widersprechenden Weise zu gestalten. M. E. ist eine Prüfung privatrechtlicher Angelegenheiten im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Zulassungsverfahrens unzulässig. Ganz abgesehen davon, daß diese Uebung mit dem Wesen der Zulassung als polizeiliche Sicherungsmaßnahme, die öffentliche Interessen zu verfolgen hat, widersprechen würde, ist auch zivilrechtlich ein genügender Schutz gegen eine unzulässige wirtschaftliche Knebelung des Pächters gegeben. Die Auswirkung der erwähnten Verwaltungspraxis ist ferner auch deshalb in ihren Folgen besonders weitreichend, weil nach § 20 GG. ein vom Bezirksausschuß abgelehnter Antrag auf Erteilung der Zulassung im allgemeinen während der nächsten 3 Jahre nicht erneuert werden kann.

[84]) Das GG. ist nur ein Nebengesetz zur Gewerbeordnung.

[85]) Wenn der Reichstag auch eine Entschließung des Inhaltes angenommen hat (vgl. Drucksache Nr. 1791 — Ab. S. 37 — und St.B.S. 4831), die Reichsregierung zu ersuchen, in die Ausführungsbestimmungen zu § 2 eine Vorschrift aufzunehmen, daß bei mehreren gleichgestellten Bewerbern um eine Erlaubnis derjenige zu bevorzugen sei, der fachlich vorgebildet sei, so hat dieser Beschluß keine praktische Bedeutung erlangt, da eine entsprechende Ausführungsbestimmung nicht ergangen ist. Aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber lediglich eine Entschließung gefaßt und keine einschlägige Gesetzesbestimmung geschaffen hat, geht hervor, daß nur im Zweifelsfalle, wenn mehrere Bewerber um die Erlaubnis vorhanden sind, eine Bevorzugung des fachlich vorgebildeten erwünscht sein sollte. In diesem Sinne ist auch der Preußische Ministerial-Erlaß vom 13. Juni 1930

Ob die finanzielle Leistungsfähigkeit eines Antragstellers ebenfalls zu den von der Erlaubnisbehörde zu prüfenden Umständen gehört, ist wohl in gleicher Weise zu beurteilen. Es kann keinem Zweifel begegnen, daß bei beschränkten Mitteln die ordnungsmäßige Betriebsführung erschwert und die Versuchung zum Mißbrauch eine größere sein wird. Aber andererseits können sehr wohl mangelnde finanzielle Mittel durch die persönliche Initiative und Tüchtigkeit des Antragstellers mehr als aufgewogen werden. Mag auch die Berücksichtigung des finanziellen Grundvermögens in einzelnen Zweifelsfällen unter dem Gesichtspunkt der Prüfung der allgemeinen Zuverlässigkeit geboten und berechtigt erscheinen, so kann doch andererseits dieses — trotz „Wahrung der öffentlichen Interessen" (vgl. Begründung der Reg.Vorl.) — nicht dazu führen, daß der Staat über die Zulassung zu einer gewerblichen Tätigkeit nach seinem freien Ermessen, unter Berücksichtigung einer ihm wünschenswert erscheinenden wirtschaftlichen Entwicklung entscheiden kann[87]). Ich möchte mich deshalb unter Berücksichtigung aller dieser Gesichtspunkte auf den Standpunkt stellen, daß normalerweise eine Prüfung der finanziellen Leistungsfähigkeit unzulässig, aber zulässig insoweit erscheint, als im konkreten Falle das zu führende Unternehmen finanzielle Anforderungen besonderen Umfanges zu stellen geeignet ist[88]), die eventuell im Unvermögensfalle die Zuverlässigkeit des Antragstellers beeinflussen könnte.

Neben der allgemeinen Zuverlässigkeit nennt das Gaststättengesetz im § 2 Ziff. 1 noch folgende 9 Unzuverlässigkeits-Tatbestände: Trunkenheit, Förderung der Schlemmerei oder Völlerei, des Glücksspiels, der Hehlerei, unlauterer Handelsgeschäfte, der Unsittlichkeit, der Ausbeutung Unerfahrener, Leichtsinniger oder Schwachsinniger, sittliche und gesundheitliche Schädigung Jugendlicher und Gefahr des Vertriebes gesundheitsschädlicher verfälschter oder verdorbener Nahrungs- und Genußmittel.

Angesichts dieser Zusammenstellung könnte es zunächst scheinen, als ob wir es hier mit einer erschöpfenden Aufzählung von Tatbestandselementen und nicht nur mit Beispielen zu tun haben.

---

ergangen (Min.Bl. f. d. inn. Verw. S. 546). Eine allgemeine und in jedem Falle (also auch bei einem einzelnen Antragsteller) vorzunehmende Prüfung findet in der Entschließung des Reichstags daher keine Stütze.

[86]) In der Tschechoslowakei ist durch Gesetz vom 15. 7. 1927 ein derartiger Befähigungsnachweis eingeführt worden.

[87]) Der im Entwurf von 1923 (GG.) vorgesehene Nachweis der Mittel ist in der geltenden Fassung des Gesetzes fortgefallen.

[88]) Vergl. hierzu auch Salomon, Gaststättenges. S. 51; Rohmer Kommentar z. GG. S. 29.

Eine genaue Betrachtung des Gesetzestextes läßt aber erkennen, daß nur das letztere der Fall sein kann. Hätten wir es nämlich mit einer erschöpfenden Aufzählung zu tun, so hätte im Gesetzestext zwischen dem „ergeben ist" und „oder das Gewerbe" ein Komma gestellt sein müssen. Auch die Verwendung des Wortes „insbesondere" im Gesetzestext zeigt, daß die Vorschrift mit den angeführten Unzuverlässigkeitsmomenten nur Beispiele von solchen nennen will. Im übrigen ist m. E. auch allgemein aus der Fassung und dem Sinn der Gesetzesstelle zu entnehmen, daß die dort aufgezählten Merkmale mangelnder Zuverlässigkeit nur als gleichwertige und gleichgeordnete Versagungsgründe aufzufassen sind [89]).

An das Gast- bezw. Schankwirts-Gewerbe werden, wie aus der obigen Darstellung ersichtlich ist, unter erheblicher Beschränkung seiner Gewerbefreiheit sehr beträchtliche Anforderungen gestellt, die aber noch bedeutend dadurch verschärft werden, daß man die sogenannte soziale Zuverlässigkeit neben der gewerbepolizeilichen noch besonders hervorhob und sie ihr gleichstellte (§ 2 Abs. 1 Ziff. 2 GG.). Das Gast- und Schankwirtsgewerbe ist damit Normen unterworfen, wie sie sonst mindestens in diesem Umfange für kein anderes Gewerbe bestehen. Die Folgerungen, die der Gesetzgeber aus Verstößen gegen die Vorschriften über Arbeiterschutz und Arbeitszeit zieht, greifen durch ihre Bestimmungen über die Erteilung der Entziehung der Zulassung nach einer Zuwiderhandlung außerordentlich tief in die Rechtssphäre der Gast- und Schankwirte ein.

Wie sich aus § 2 Abs. 1 Ziff. 2 GG. entnehmen läßt, brauchen die Tatsachen, aus denen der Gesetzgeber den Schluß auf die soziale Unzuverlässigkeit des auf Zulassung Antragenden zieht, nicht notwendig gerade Zuwiderhandlungen gegen Vorschriften sozialpolitischen Inhalts [90]) zu sein, sondern können auch in anderen

[89]) Ebenso: Conrad u. Floegel, Komment. z. GG. § 2 Anm. 3; Rohmer, Komment. z. GG. zu § 2 S. 32 ;Kerstiens, Komment. z. GG. zu § 2 S. 120; Bad VGH. in GA. 25, 96, welcher aber Bedenken für möglich hält.

[90]) Als solche kommen namentlich in Frage:

a) Allgemeine gewerberechtliche Vorschriften.

1. Reichsgewerbeordnung: §§ 107—112 (Beschäftigung Minderjähriger), § 113 (Zeugnisse), §§ 114 a—119 a (Lohnzahlung), § 120 (Fortbildungsschule), § 120 a—120 e (Maßnahmen zum Schutz gegen Gefahren für Leben und Gesundheit und zur Aufrechterhaltung der guten Sitten und des Anstandes, § 120 f (übermäßige Dauer der täglichen Arbeitszeit), §§ 133 g—134 i (Bestimmungen für Betriebe, in denen in der Regel mindestens 10 Arbeiter beschäftigt werden.
2. Das Gesetz betreffend Kinderarbeit in gewerblichen Betrieben vom 30. 3. 03 (RGBl. 113).
3. Die Anordnung über die Regelung der Arbeitszeit gewerblicher Ar-

Handlungen wie Unterlassungen bestehen. Aus diesem Grunde kann es unter Berücksichtigung des Wortlautes des Gesetzes wohl keinen Bedenken begegnen, daß sogar Verletzungen eines in Geltung befindlichen Tarifvertrages unter Umständen [91]) bewirken können, daß dem Antragsteller nicht das Prädikat „Sozialzuverlässig" zuerkannt werden kann. Dieses würde insbesondere dann der Fall sein, wenn es dem Antragenden auf Grund seiner bisherigen Verfehlungen zuzutrauen wäre, daß er auch künftig die erwähnten gesetzlichen Vorschriften unbeachtet läßt.

Man wird allerdings hier zu unterscheiden haben, ob es sich um einen einfachen, d. h. nur inter partes wirkenden Tarifvertrag oder um einen durch den Reichsarbeitsminister auf Grund des § 2 der Tarifvertragsordnung v. 1. 3. 28 für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag im konkreten Falle handelt.

Ist nur das erstere der Fall, so kann die Vermutung, der Antragsteller werde künftig seine Handlungsweise nicht in Einklang

---

beiter vom 23. 11. 18 (RGBl. 1334) bzw. 17. 12. 18 (RGBl. 1436) bzw. 14. 4. 27 (RGBl. I, 109).

4. Die VO. über die Regelung der Arbeitszeit der Angestellten vom 18. 3. 19 (RGBl. 315) bzw. 14. 4. 27 (RGBl. 1,109).
5. Das Betriebsrätegesetz vom 4. 2. 20/12. 5. 20/29. 4. 23/27. 10. 23 (Art. 17), 30. 10. 23 (Art. II § 1)/23. 12. 26 (§ 112)/28. 2. 28 RGBl. 197/961/I, 258/I, 1006/I, 1044/I, 522/I 46.
6. Die VO. über Arbeitszeit in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. 4. 27 (RGBl. I 110).
7. Das Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter v. 12. I. 23/13. 12. 24/8. 7. 26/23. 12. 26 (§ 144)/12. 7. 27 (§ 246) RGBl. I 57/I, 105/I, 398/I, 523/I, 216.
8. Das Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosen-Versicherung v. 12. 10. 29/27. 12. 29 RGBl. I 162/I 244.

b) Besondere Vorschriften für Gast- und Schankwirtschaften:

1. § 17 Abs. 1 GG. und die Bestimmungen, welche von den Ländern auf Grund des § 17 Abs. II GG. über die Zulassung, das Verhalten und die Art der Entlohnung weiblicher Arbeitnehmer in Gast- und Schankwirtschaften erlassen werden, oder auf Grund des Gesetzes über weibliche Angestellte in Gast- und Schankwirtschaften v. 15. 1. 20 bereits erlassen sind: für Preußen VO. v. 18. 6. 30 Abschn. III (GS. 117), für Baden: VO. v. 30. 5. 21 GVBl. 145. 1051, Abs. II GO.
2. Die Bekanntmachung des Reichskanzlers betreffend die Beschäftigung von Gehilfen und Lehrlingen in Gast- und Schankwirtschaften v. 23. I. 02 (RGBl. 33) und die Pr. Ausführungsanweisung vom 12. 3. 02 (HMBl. 160).
3. §§ 7, 16 des angeführten Ges. v. 30. 3. 03 betr. Kinderarbeit in gewerblichen Betrieben.

[91]) d. h. bei außergewöhnlich erheblichen oder wiederholten Verletzungen.

mit den Bestimmungen des Tarifvertrages bringen, nicht die Anwendung der Ziff. II des Abs. 1 § 2 GG. rechtfertigen, es sei denn, daß diese Zuwiderhandlungen erkennen lassen, daß das betr. Rechtssubjekt mit höchster Wahrscheinlichkeit — d. h. fast mit Sicherheit — die erwähnten gesetzlichen Vorschriften künftig nicht beachten werde. Bei einem für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag ist dagegen die Rechtslage anders zu beurteilen, weil es sich um Normen handelt, denen die gleiche Kraft und die gleiche Bedeutung innewohnt, wie den ordentlichen Gesetzen[92]). In diesem Falle würde eine Verletzung der Tarifvertragsbestimmungen gleichzeitig auch die Mißachtung der in Ziff. 2 § 2 GG. genannten — durch die Tarifvertragsvorschriften verkörperten — Normen über die Beschäftigung von Arbeitern und Angestellten bedeuten und insoweit die Annahme der sozialen Unzuverlässigkeit des antragstellenden Gast- bezw. Schankwirtes begründen können.

Angesichts des Umstandes, daß in der Vorschrift des § 2 Abs. 1 Ziff. 2 nichts Näheres über die Beschaffenheit der dorterwähnten „Tatsachen" gesagt wird, können begründete Zweifel über ihren Inhalt und Charakter bestehen. Namentlich kann es fraglich erscheinen, ob diese sich bereits in Form einer gerichtlichen Entscheidung — einer Verurteilung — konkretisiert haben müssen. M. E. wird letzteres in Frage kommen (im Gegensatz zu der weiteren Begriffsfassung der Bezeichnung Tatsache in Ziff. 1 der gleichen Vorschrift). Und zwar ist dies aus der Wendung „insbesondere . . . erheblich vorbestraft ist" zu schließen. Aus den Beratungen im zuständigen Reichstagsausschuß[93]) geht klar hervor, daß durch das „insbesondere—vorbestraft" kein neues Tatbestandsmerkmal, sondern nur ein gesetzliches Beispiel (erhebliche Vorbestrafungen) gegeben werden soll[94]). Da Beispiele aber nur Gleichgeartetes zu charakterisieren vermögen, ergibt sich bei streng logischer Deduktion der Schluß, daß unter den in Ziff. 2 genannten Tatsachen ausschließlich Urteile oder diesen gleichgeordnete Entscheidungen zu verstehen sind. Es läßt sich aber nicht verkennen, daß der nähere Inhalt dieser Worte des Gesetzes mangels ausreichender gesetzlicher Anhaltspunkte vorläufig kaum einwandfrei feststellbar ist. Diese Lücke zu schließen, muß deshalb der Wissenschaft und der

---

[92]) Gleiner, Institutionen S. 71.

[93]) Ausschußbericht S. 10. Der Nachsatz in Ziff. 2 ist im Reichstagsausschuß auf Antrag des Abg. Sollmann der Gesetzesvorschrift beigefügt worden. Nach dem Willen der Antragsteller sollte er zum Ausdruck bringen, daß nur schwerwiegende Verletzungen der Arbeitsschutzvorschriften die Versagung der Erlaubnis rechtfertigen können.

[94]) Vergl. auch Anm. 92 S. 36.

Uebung der Verwaltungsbehörden bezw. Gerichte vorbehalten bleiben[95]).

b) Die Bindung in objektiver Beziehung.

Die Beschränkung der Gewerbefreiheit äußert sich weiter besonders deutlich — wir wenden uns damit der Erörterung der sachlichen Gebundenheit der Zulassung zu — in der Beschränkung der letzteren auf eine bestimmte Art des Betriebes, der Getränke und Räume.

Gemeinhin ist der Gewerbetreibende durch keinerlei gesetzliche Vorschriften, abgesehen von solchen allgemein-polizeirechtlichen Inhalts, belastet, die ihn in der Betriebsführung beeinflussen. Er ist deshalb in der Lage, seinen Betrieb nach seinem Belieben auszugestalten, ihn auf andere Geschäftsgegenstände zu erweitern bezw. in umgekehrter Hinsicht zu begrenzen, ohne daß er hierzu der Einwilligung einer Behörde bedarf. Von dem Genuß dieser Freiheit ist der Gast- bezw. Schankwirt ausgeschlossen: Er ist durch die Zulassung bezw. die in dieser Urkunde ausgesprochenen Beschränkungen gebunden. Denn wenn § 3 Abs. 1 GG. anordnet, daß die Erlaubnis nur für eine bestimmte Betriebs-, Räume- und Getränkeart erteilt werden darf, und andererseits nach § 12 Abs. 2 Ziff. 3 bei einer unbefugten Aenderung derselben, die Erlaubnis zurückgenommen werden kann, so muß hieraus gefolgert werden, daß die Zulassung den Betrieb nur insoweit decken und ihn zu einem erlaubten machen kann, als die in dieser Urkunde vorausgesetzte Lage aufrechterhalten wird.

Gerade dieser in den soeben genannten Vorschriften verankerten Bindung der Zulassung ist in unserer Untersuchung der Beschränkungen der Gewerbefreiheit der Gast- und Schankwirte besondere Beachtung zu schenken. Zwingt sie doch in ihrer praktischen Auswirkung den Inhabern der Zulassung eine überaus starke Fessel an die in der Erlaubnisurkunde aufgeführten äußeren Betriebsverhältnisse auf. Diese werden in einem Maße stabilisiert, welches recht oft in krasser Weise mit den wirtschaftlichen Erfordernissen in Widerspruch steht. Aber selbst wenn dieses nicht der Fall sein mag, so kann doch nicht bezweifelt werden, daß durch diese Regelung mindestens eine Starrheit in die Betriebsführung hineingebracht wird, die es dem Gewerbetreibenden erheblich erschwert, sich dem wechselnden Geschmack und Gefallen des Publikums anzupassen. Der einmal durch den Verwaltungsakt der Be-

[95]) Soweit feststellbar, sind Entscheidungen in dieser Hinsicht bis heute noch nicht ergangen.

hörde sanktionierte Zustand erheischt eben strengste Aufrechterhaltung[96]) [97]), wenn eine Gefährdung der Zulassung im Wege der Zurücknahme derselben ausgeschlossen werden soll.

α) Die Bindung an eine bestimmte Betriebsart.

Der Ausdruck Betriebsart, den das Gesetz verwendet, ist unjuristisch. Er ist dem täglichen Leben entnommen[98]) und ist dementsprechend unter Berücksichtigung des allgemeinen Sprachgebrauchs auszulegen. Der Gesetzgeber hat in ihm die Summe derjenigen Umstände zusammenfassen wollen, die in ihrer Gesamtheit den allgemeinen Charakter des in Frage kommenden Unternehmens festzulegen vermögen. Der Umfang und Inhalt des Begriffes der „Betriebsart" ergibt sich demnach im wesentlichen aus den tatsächlichen Verhältnissen, wie sich diese einem unbefangenen Beobachter darstellen. Maßgebend ist deshalb der Eindruck, den ein solcher von der Art und Weise des Betriebes bekommt, vorausgesetzt, daß der Eindruck sich auf das Gesamtbild, nicht aber nur auf diese oder jene besonders interessierende Einzelheit stützt.

Als Anhaltspunkte für die Bestimmung der Betriebsart sind zunächst neben der Bezeichnung des Betriebes[99]) (Diele, Bar, Café, Gasthaus, Gaststätte usw.) — die aber keineswegs in allen Fällen auf eine bestimmte Art eindeutig hinzuweisen braucht[100]) Größe und Ausstattung sowie die äußere Gestaltung des Unternehmens

---

[96]) Aenderungen der Betriebsart sind nur insoweit rechtlich unerheblich, als sie den eigentlichen Betriebscharakter vollständig unberührt lassen und auch bei erneuter Prüfung die Beurteilung der Art des Unternehmens nicht ändern würden. Die Notwendigkeit einer erneuten Erlaubnis kann sich aber dennoch sehr wohl aus einem anderen Gesichtspunkt (z. B. Aenderung der Räume) ergeben.

[97]) Auch Einschränkungen des Betriebes (z. B. Fortfall des Schankwirtschaftsbetriebes bei einer Erlaubnis für Gast- und Schankwirtschaft) werden von der Rechtssprechung der Verwaltungsgerichte als Betriebsänderung aufgefaßt, vgl. Pr.OVG. in GA. 22, 196, 24,30.

[98]) Vgl. auch die Ausführungsbestimmungen des Pr.Min. d. Inn. zum Gaststättenges. Min.Erl. v. 5. 6. 30, Min.Bl. f. d. inn. Verw. S, 541.

[99]) Dieser kommt deshalb Bedeutung zu, weil sie infolge ihrer Bestimmung für das Publikum von dem Unternehmer so gewählt werden wird, daß dieses durch einen Blick auf die Bezeichnung den Charakter des Unternehmens erkennen kann. Vgl. aber folgende Anmerkung!

[100]) Die gleiche Bezeichnung wird heute oft für die verschiedenartigsten Betriebe verwendet, z. B. Tanz-, Mokka-, Weindielen unter der Bezeichnung „Casino" (wobei mit letzterem Namen keineswegs stets ein nur einem bestimmten Personenkreis zugängliches Lokal bezeichnet su sein braucht). Andererseits ist auch eine Bezeichnung sehr oft durch den örtlichen Sprachgebrauch und die örtlichen Verhältnisse gefärbt, sodaß auch dieser berücksichtigt werden muß.

(Vorhandensein von Musik-Tanzkapelle, Tanzpodium usw.) zu nennen. Auch die Art der Getränke, welche vorwiegend zum Ausschank gelangen, ferner die des äußeren Zusammenhanges mit einem Hotel- oder Gastwirtschaftsunternehmen vermögen nicht zu übersehende Fingerzeige zu geben. Desgleichen wird regelmäßig das in dem Betrieb verkehrende Publikum, seine soziale Schichtung und äußeres Aussehen einen Hinweis auf den Charakter des Unternehmens geben können.

In diesem Zusammenhang kommt natürlich der Frage, ob auch in einer Umbenennung eines Unternehmens bereits eine Aenderung der bisherigen Betriebsart zu erblicken ist, Bedeutung zu. M. E. wird lediglich die Aenderung des Namens eines Unternehmens an sich noch nicht den Schluß auf eine Aenderung der Betriebsart zu rechtfertigen vermögen, da in diesem Zusammenhang in erster Linie die tatsächlichen Verhältnisse, d. h. die Formen, in denen der Betrieb sich praktisch vollzieht, nicht aber eine Benennung entscheidend sein müssen. Andererseits wird man aber im konkreten Falle den Umstand, daß ein Unternehmen unter veränderter Bezeichnung geführt wird oder werden soll, regelmäßig als ein Anzeichen für eine Aenderung der Betriebsart betrachten dürfen. Aus diesem Grunde wird die Vermutung in solchen Fällen stets für eine solche sprechen, sodaß es Sache des Unternehmers sein wird, den Beweis dafür zu erbringen, daß sich in Wirklichkeit das Gesamtgepräge des Betriebes nicht grundlegend geändert hat. Inwieweit dieses der Fall bezw. nicht der Fall ist, bemißt sich hierbei nach dem Inhalt der Zulassungsurkunde und den ihr gegebenenfalls beigefügten Plänen und Zeichnungen.

Aenderungen der Betriebsart sind aber nicht nur in Handlungen, sondern auch in gewissen Unterlassungen zu erblicken, da der in der Zulassungsurkunde vorgesehene Zustand des Unternehmens allein und ausschließlich der gestattete ist. Aus diesem Grunde ist ein Verhalten, welches gegenüber diesem „erlaubten" ein Plus oder Minus bedeutet, in unserem Zusammenhang stets rechtlich bedeutsam und muß angesichts der strengen Vorschriften des Gaststättengesetzes als Aenderung der Betriebsart bewertet werden. Man wird deshalb aus der Tatsache, daß ein Wirt längere Zeit [101]) hindurch einen Zweig eines Unternehmens vernachlässigt [102]) bezw. gar nicht

[101]) Die Zeitdauer darf selbstverständlich nicht so lang sein, daß die Voraussetzungen des Erlöschens nach § 4 Abs. 2 GG. vorliegen.

[102]) Aus welchen Gründen dies geschieht, ist grundsätzlich unerheblich. Es spielt aber dennoch insoweit eine Rolle, als die Erlaubnisbehörden sie regelmäßig im Wege des Ermessens bei der Prüfung der Frage der Zurücknahme der Erlaubnis gemäß § 12 Abs. 2 Ziff. 3 GG. berücksichtigen werden.

mehr betreibt (beispielsweise: Einstellung des Gastwirtschafts- zu Gunsten des Schankwirtschaftsbetriebes oder umgekehrt) einen Schluß im obigen Sinne ziehen müssen [103]).

In diesem Zusammenhange kommt der Frage, ob die Notwendigkeit einer Neuzulassung unter dem Gesichtspunkt der Aenderung der Betriebsart oder des Erlöschens infolge von Nichtausübung [104]) zu prüfen ist, einige praktische Bedeutung zu. In dem ersteren Fall — Aenderung der Betriebsart — erlischt die Zulassung nach der Zuwiderhandlung gegen die in der Urkunde festgelegten Bedingungen, sobald die Behörde die Zurücknahme [105]) der Erlaubnis verfügt [106]). (§ 12 Abs. 2 Ziff. 3 GG.). Das Ermessen der ersteren ist also hier ausschlaggebend; und im gleichen Maße ist der Wirt von der willkürlichen Entscheidung der Behörde abhängig.

Im zweiten Fall — Erlöschen der Zulassung infolge Nichtausübung — ist dagegen die Verwaltungsbehörde mit ihrem Ermessen ausgeschaltet: Hier laufen automatische Fristen, die der Wirt jederzeit durch geeignete Handlungen unterbrechen kann (§ 4 Abs. 2 GG.).

Bei der Entscheidung der Frage, ob durch die teilweise Betriebseinstellung eine erneute Zulassung notwendig ist, ist es weiterhin von Bedeutung, ob es sich im konkreten Falle um ein Unternehmen handelt, welches vor oder nach Inkrafttreten des Gaststättengesetzes genehmigt worden ist. Sind die ersteren Voraussetzungen gegeben, so wird man den Inhalt der Zulassungsurkunde, welche einen Gastwirtschaftsbetrieb genehmigt, regelmäßig dahin auszulegen haben, daß die Schankwirtschaft als Zubehör zu die-

---

[103]) Eine weitergehende Beschränkung bzw. Gefährdung der Gewerbefreiheit des Gast- und Schankwirtsgewerbes ist wohl kaum noch denkbar. Daß sich das Gaststättengesetz nicht in diesen — an sich rechtlich durchaus haltbarem — Sinne auswirkt, ist lediglich der Einsicht der zuständigen Behörden gegenüber den wirtschaftlichen Erfordernissen zu danken.

[104]) § 4 Abs. 2 GG.

[105]) Ein Widerruf ist hier nicht zulässig, ein solcher ist nur dann möglich, wenn dem Verwaltungsakt der Zulassung selbst Fehler anhaften. Die Zurücknahme und der Widerruf der Erlaubnis unterscheiden sich also dadurch, daß im Falle der Zurücknahme die Erlaubnis wegen Handlungen bzw. Unterlassungen des Wirtes oder seines Stellvertreters erfolgt, im Falle des Widerrufs jedoch die Aufhebung der Erlaubnis wegen Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsaktes geschieht. Vergl. zu dieser Frage auch Michel, Komment. z. GG. § 12 I (S. 127).

[106]) Die Zurücknahme hat keine rückwirkende Kraft: Sie wird mit Rechtskraft des diesbezügl. Bescheides wirksam.

sem [107]) [108]) mit in diese Erlaubnis einbegriffen ist. Dann kann es aber auch keinen Bedenken unterliegen, daß in diesem Falle aus dem Aufgeben oder überwiegendem Vernachlässigen der Gastwirtschaft auf eine Aenderung der Betriebsart zu schließen ist, und die Behörde also nach freiem Ermessen darüber entscheiden kann, ob sie die Zulassung zurücknehmen will oder nicht.

Nach geltendem — seit Inkrafttreten des Gaststättengesetzes [109]) auf Neuzulassungen anzuwendendem Recht — ist diese von der Verwaltungspraxis geschaffene oben erwähnte Konstruktion der Schankwirtschaft als Zubehör der Gastwirtschaft nicht mehr haltbar. Beide Betriebsformen bedürfen regelmäßig [110]) besonderer voneinander sachlich gesonderter Zulassung. Damit ist es nicht mehr anhängig, aus einer Vernachlässigung bezw. Einstellung der einen Betriebsart auf eine Aenderung derselben des Gesamtunternehmens [111]) zu schließen. Ganz abgesehen davon, daß sich die Folgen eines solchen Handelns eines Wirtes nur auf den einen Zweig seines Unternehmens beschränken müssen, ist in dem Verhalten zunächst vom Standpunkt der Zulassungsbehörde aus gesehen, ein rechtlich unerhebliches Tun [112]) zu erblicken. Erst nach Ablauf eines Jahres erlischt die Zulassung — vorausgesetzt, daß keine Unterbrechungen der Frist durch geeignete Handlungen

---

[107]) Nach der vor dem Inkrafttreten des Gaststättengesetzes herrschenden Verwaltungspraxis umfaßte die Erlebnis zum Betrieb einer Gastwirtschaft auch die zum Betrieb einer Schankwirtschaft, da man diese als Zubehör zu der ersteren betrachtete. Das Gaststättengesetz hat im Gegensatz hierzu in § 1 eine scharfe Trennung beider Betriebsformen durchgeführt und damit die Anwendbarkeit der bisher herrschenden Verwaltungspraxis auf diejenigen Zulassungen beschränkt, die vor dem Inkrafttreten des Gaststättengesetzes erteilt worden sind und entsprechend der früher herrschend gewesenen Auffassung ausgelegt werden müssen.

[108]) Der umgekehrte Fall: Die Gastwirtschaft als Zubehör der Schankwirtschaft ist praktisch nicht denkbar!

[109]) 28. April 1930.

[110]) Es besteht eine Ausnahme: In der Zulassung einer Gastwirtschaft ist stets die Erlaubnis zum Ausschank nichtgeistiger Getränke mit einbegriffen. Aus der Wendung in § 3 Abs. 1 Satz 2 „ist enthalten" ist zu folgern, daß der Gesetzgeber den ebenerwähnten Ausschank nicht als Zubehör, sondern als Bestandteil des genehmigten „Stamm"betriebes der Gastwirtschaft aufgefaßt haben will.

[111]) Genau genommen kann man von einer Gesamt-Betriebsart garnicht reden: Es sind in einem solchen Falle lediglich zwei verschiedene Betriebsformen äußerlich in einem Unternehmen verkoppelt.

[112]) Ein Verzicht kommt hier nicht in Betracht, weil dieser der Behörde gegenüber erklärt werden müßte. Wiederholte Nichtbeachtung der polizeilichen Ordnungsvorschrift des § 4 Abs. 4 GG. in Verbindung mit § 29 Ziff. 9 GG. könnte man m. E. wohl als eine diesbezügl. konkludente Willenserklärung auffassen.

(z. B. erneute Betriebsaufnahme) erfolgen — infolge Nichtausübung selbsttätig, ohne daß es irgendeines Verwaltungsaktes dafür bedarf.

β) Die Bindung an bestimmte Getränkearten.

Die Bindung der Erlaubnis an bestimmte Getränkearten knüpft an landesrechtliche Vorschriften an, die schon vor dem Inkrafttreten des Gaststättengesetzes galten. Die Vorschrift des § 3 Abs. 1 GG., daß die Erlaubnis nur für bestimmte Arten von Getränken zu erteilen ist, schafft daher kein neues Recht, sondern führt lediglich eine — allerdings wertvolle — Vereinheitlichung der gesetzgeberischen Regelung der Materie herbei.

„Die Erlaubnis ist bei Gast- und Schankwirtschaften für bestimmte Arten von Getränken zu erteilen." In diesen Worten des § 3 Abs. 1 GG. ist nicht nur die Bindung der Erlaubnis an bestimmte, von der Zulassungsbehörde zu genehmigende Getränke, sondern gleichzeitig auch die Voraussetzung ausgesprochen, unter welcher eine Erlaubnis erteilt werden darf. Rechtswirksamkeit kann daher eine solche nur dann besitzen, wenn sie der oben genannten Vorschrift des Gaststättengesetzes genügt. Das hat zur Folge, daß die Zulassungsurkunde entweder ganz allgemein den Ausschank aller alkoholhaltigen oder nicht alkoholhaltigen, oder beider Getränkearten gleichzeitig gestatten, oder aber eine Beschränkung der Erlaubnis auf eine bezw. mehrere Getränkearten aussprechen muß [113]). Eine Bindung an bestimmte Marken, Alkoholgehalt, Herkunft usw. ist unzulässig, da sie mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht vereinbart werden kann.

Wichtig ist natürlich in diesem Zusammenhang die Frage, wann man ein Getränk als alkoholhaltig bezw. alkoholfrei zu betrachten hat. Hierzu ist zu sagen, daß keinesfalls die Menge des Alkohols, welcher in einem Getränk enthalten ist, entscheidend sein kann [114]). Entscheidend ist vielmehr allein der Umstand, ob in ihm überhaupt Alkohol vorhanden ist oder nicht. Aus diesem Grunde ist z. B. auch das sogenannte Jungbier trotz seines minimalen und praktisch gar nicht in Erscheinung tretenden Alkoholgehalts als alkoholhaltiges Getränk zu betrachten [115]). Im übrigen wird man als geistige Getränke grundsätzlich alle diejenigen trinkbaren Flüssigkeiten zu betrachten haben, welche einen mehr oder minder

[113]) Eine ausdrückliche und genaue Bezeichnung der Getränkearten gehört zu den wesentlichen Bestandteilen des Zulassungsbescheides. Ein Verstoß hiergegen würde den Verwaltungsakt nichtig machen. § 18 Ziffer 1 GG.

[114]) Ebenso K.G. in Johows Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts 9,168, 17,331.

[115]) KG.Entsch. 9,178; 10,174.

hohen Prozentsatz an durch Gärung erzeugten Aethyl-Alkohol besitzen [116]), als nicht geistige — also alkoholfreie — Getränke dagegen alle diejenigen trinkbaren Genußmittel, denen dieser Alkoholgehalt fehlt [117]).

Die Bindung der Erlaubnis an bestimmte Getränkearten gilt, da § 3 Abs. 1 GG. ganz allgemein von „Getränken" spricht, nicht nur für geistige, sondern auch für nichtgeistige Getränke. Die Erlaubnis zum Ausschank e i n e s solchen umfaßt daher nicht ohne weiteres auch eine Erlaubnis zur Verabfolgung anderer alkoholfreier Getränke. Daher dürfen z. B. in einer „Tee-Stube", für die nur eine Zulassung zum Ausschank von Tee und Kaffee erteilt worden ist, zulässigerweise nur diese Getränke, nicht aber auch Milch, Mineralwässer, Limonaden usw. verabfolgt werden [118]).

Die Bindung der Erlaubnis an bestimmte Arten von Getränken ist — zu dieser Feststellung müssen wir auf Grund des oben Gesagten notwendig kommen — eine sehr enge. Man kann daher als Regel den Satz aufstellen, daß nur der Ausschank solcher Getränke gestattet ist, die in der Erlaubnisurkunde entweder einzeln oder kategoriemäßig ausdrücklich genannt sind. Angesichts dieses strengen Standpunktes des Gesetzgebers ist es nicht verwunderlich, daß in der uneingeschränkten Zulassung eines Gastwirtschaftsbetriebes nicht mehr auch die Gestattung des Ausschankes von Getränken j e d e r Art einbegriffen ist. Nach geltendem Recht ist vielmehr der Gastwirt ohne weiteres nur noch zum Betriebe seiner Gastwirtschaft und zum Ausschank alkoholfreier Getränke befugt [119]). Das Recht, die letzteren auch ohne besondere Anführung in der Erlaubnisurkunde zu verabfolgen, ergibt sich hierbei aus der Tatsache, daß sich praktisch die Verabreichung alkoholfreier Getränke von einem Gastwirtschaftsbetrieb nicht trennen läßt [120]). Sie ist offenbar vom Gesetzgeber als selbstverständlicher Bestandteil oder Ausfluß des Gastwirtschaftsbetriebes betrachtet worden.

Ob durch die Bindung der Erlaubnis an bestimmte Getränkearten auch eine Verpflichtung des Wirtes zum Ausschank derselben

---

116) Also z. B. Wein, Bier, Branntwein usw.

117) Limonaden, Tee, Kaffee, Mineralwässer usw.

118) Die Fälle, in denen die Erlaubnis in dieser Weise beschränkt ist, kommen in der Praxis zwar verhältnismäßig selten vor, sind aber doch immerhin, namentlich in Großstädten anzutreffen, wo von den Zulassungsbehörden besonders scharfe Maßstäbe bei der Prüfung des Bedürfnisses angelegt werden.

119) Ebenso: Salomon, Komment. z. GG. § 3 Anm. 2; Rohmer, Komment. z. GG. § 3 Anm. 3; Conrad-Floegel, Komment. z. GG. § 3 Anm. 7.

120) Man denke z. B. an das Frühstück in einem Gastwirtschaftsbetrieb, bei dem regelmäßig Kaffee, Kakao, Tee, Milch usw. verabfolgt werden.

in jedem der in der Konzessionsurkunde genannten Räume begründet wird, ist zweifelhaft. Für diese Auffassung spricht zweifellos der Umstand, daß sich aus einem ausschließlichen Ausschank bestimmter Getränke (z. B. Wein) in gewissen Räumen (Weinzimmer) tatsächlich eine teilweise Aenderung der Betriebsart des ganzen Unternehmens ergeben kann [121]). Da eine solche aber verboten ist, könnte man weiter folgern, besteht auch für den Wirt die Pflicht, in allen seinen Räumen sämtliche ihm gestatteten Getränke auszuschänken. Nach dieser Ansicht würde es daher unzulässig sein, daß bei Genehmigung eines Ausschankes aller üblichen Getränke, z. B. in einem einzelnen Raum nur eine bestimmte Getränkeart verabfolgt würde.

Diese Auffassung erscheint mir nicht zutreffend. Sie wird auch überwiegend von den Verwaltungsbehörden und Gerichten abgelehnt [122]). Wenn eine Zulassungsbehörde durch die Erteilung der Erlaubnis erklärt hat, daß sie damit einverstanden ist, daß die von ihr benannten Getränke ausgeschänkt werden, so kann es ihr grundsätzlich gleichgültig sein, in welcher Weise der Wirt nun diese Getränke in den genehmigten Räumen zum Ausschank bringt. Dieses ist m. E. eine Frage der Betriebsführung, die der Unternehmer nach rein wirtschaftlichen und praktischen Gesichtspunkten selbst unabhängig treffen kann. Außerdem ist auch zu bedenken, daß so lange jedenfalls keine Aenderung der Betriebsart vorliegt, als noch alle gestatteten Getränke, wenn auch nicht in allen Räumen, so doch in der Gesamtheit des Betriebes verabfolgt werden. Denn, wie wir schon oben ausführten, darf bei der Beurteilung eines Betriebes nicht eine Einzelheit, sondern in erster Linie nur das Gesamtbild und der Gesamteindruck entscheidend sein.

γ) Die Bindung an bestimmte Räume.

Neben der soeben dargestellten Bindung an eine bestimmte Betriebsart und bestimmte Arten von Getränken steht gleichwertig die ebenfalls in § 1 Abs. 1 GG. vorgesehene Bindung an bestimmte Räume [123]). Sie bewirkt, daß es den Unternehmern praktisch verwehrt ist, bauliche Veränderungen ihrer Räume vorzunehmen, ohne daß sie nicht vorher um eine erneute Zulassung nachzusuchen gezwungen wären. Eine Ausnahme von dieser Regel wird nur dann zu machen sein, wenn sich die Umwandlungen so vollziehen, daß

[121]) Nämlich dann, wenn der Ausschank anderer Getränke völlig vernachlässigt wird oder ganz unterbleibt.

[122]) Den abweichenden Standpunkt vertreten einige große Polizeipräsidien im Ruhrgebiet.

[123]) Vgl. Anmerkung 96. Das dort Gesagte muß hier entsprechend für die Räume gelten.

der Raum als solcher unverändert bleibt und nur eine äußere Neugestaltung seines Aussehens [124]) vorgenommen wird. Bauliche Erweiterungen [125]) (z. B. Einbeziehung anderer, bisher nicht zum Wirtschaftsbetrieb gehöriger Räume) bezw. Verkleinerungen [126]) (Ausscheiden eines Teiles der bisher benutzten Räume zum Zwecke eines abgesonderten Betriebes) [127]) oder Veränderungen, die dem Raum einen anderen Gesamtcharakter geben [128]), bewirken dagegen stets die Notwendigkeit einer Neuzulassung.

Aus der Anordnung des Gesetzgebers, daß in der Zulassungsurkunde bezw. in dem ihr beigefügten Plan die zugelassenen Räume genau und zweifelsfrei (also auch hinsichtlich ihrer Lage) bezeichnet sein müssen, ist weiter zu schließen, daß neben den soeben angeführten Veränderungen der tatsächlichen Lage auch eine Verlegung des Betriebes ohne Einwilligung der Zulassungsbehörde unzulässig ist und in diesem Fall die Voraussetzungen des Tatbestandes eines unerlaubten Betriebes erfüllt [129]). Das Gleiche ergibt sich auch aus der Tatsache, daß die Vorschriften der § 3 Abs. 1 und § 12 Abs. 2 Ziff. 3 GG. überhaupt grundsätzlich jede Verwendung a n d e r e r Räume als der zugelassenen ohne Einwilligung der Erlaubnisbehörde verbieten. Deshalb kann es auch keine Rolle spielen, ob die von dem Unternehmer vorgenommene Veränderung wesentlich [130]) oder unwesentlich ist.

Beruhten die bisher erörterten Veränderungen im Objekt der Erlaubnis auf Einwirkungen aus der Willenssphäre des zugelassenen Rechtssubjekts, so sind andererseits auch solche denkbar, die

---

[124]) Renovierung usw.

[125]) Vgl. auch zu dieser Frage Pr.OVG. 5,279; in GA. 7,59; Bayer VGH. bei Reger 1,37.

[126]) Pr.OVG. in Pr. Verw.Bl. 35,126.

[127]) Pr. OVG. bei Reger 39,9; ferner mit ähnlichem Tatbestand Pr. OVG. in GA. 3,568.

[128]) z. B. Umwandlungen eines Cafés in eine Diele; Pr. OVG. in GA. 22, 199.

[129]) Das Gesuch des Gewerbetreibenden um Genehmigung einer Verlegung ist rechtlich als Antrag auf Neuzulassung zu betrachten. Es wäre aus diesem Grunde unzulässig und als wesentlicher Fehler des Zulassungsbescheides zu bezeichnen, wenn nicht auch erneut die Voraussetzungen des Bedürfnisses und der persönlichen Zuverlässigkeit geprüft werden. Vgl. Bayer VGH. in GA. 3,572; Braunschw. VGH. in GA. 8,247 u. 9,218.

[130]) Eine entsprechende Anwendung der Vorschriften der §§ 16, 25 GO. ist hier durch die Vorschriften des GG. also unzulässig geworden. Damit ist von diesem eine wesentlich schärfere Regelung dieser Materie — und insoweit eine weitere Beschränkung der freien Gewerbetätigkeit der Gast- bzw. Schankwirte — erfolgt, als dieses durch das bisher geltende Recht geschah, welches es als ausschlaggebend betrachtete, ob die Vergrößerung bzw. Verkleinerung oder Verlegung der Räume wesentlich oder nicht war. Vgl. Pr. OVG. v. 19. 4. 82 Entsch. 8,275.

außerhalb derselben ihren Ursprung haben. In erster Linie ist hier an die Elementarereignisse wie Brand, Ueberschwemmung, Blitzschlag usw. zu denken, die sich in mehr oder minder zerstörender Weise an einem zugelassenen Betrieb auswirken. Da sie unzweifelhaft den Zustand des letzteren verändern [131]), ist die Frage, ob zu seiner Wiederherstellung ein erneuter Antrag auf Zulassung zu stellen ist, von erheblicher Bedeutung.

Um hierzu Stellung nehmen zu können, mag ein kurzer Hinweis auf den Grundgedanken, der in den Vorschriften der §§ 3 Abs. 1 Satz 1 und 12, Abs. 2 Ziff. 4 GG. enthalten ist, gestattet sein. Aus diesen geht vor allem das Bemühen des Gesetzgebers hervor, mit größter Sorgfalt den einmal erlaubten Zustand eines Gast- oder Schankwirtschaftsunternehmens aufrecht zu erhalten. Hierbei können die zugelassenen Räume desselben an sich aber keine so große Rolle spielen, denn es kommt ja nicht so sehr auf diese als auf ihre Art und Beschaffenheit als solche an. Es kann daher auch unbedenklich im Falle des Unterganges der ursprünglich zugelassenen Räume von dem Erfordernis einer neuen Erlaubnis [132]) abgesehen werden, wenn die neu errichteten Räume lediglich den ehemals vorhanden gewesenen Zustand wieder herzustellen. Hierbei ist freilich Voraussetzung, daß die Räume nach dem Plane der alten von dem Elementarereignis zerstörten, innerhalb nicht zu langer Frist [133]) wieder hergestellt werden [134]), sodaß eine völlige Uebereinstimmung [135]) mit den früheren Verhältnissen eintritt [136]). Einer Benachrichtigung der Erlaubnisbehörde oder einer Einwilligung bezw. vorherigen Kenntnisnahme derselben bedarf es in allen diesen Fällen nicht [137]). Eine Erzwingung der Einholung einer neuen Erlaubnis durch Strafen gemäß § 30 GG. ist deshalb auch unzulässig.

---

[131]) Nach dem Wortlaut des § 12 Abs. 2 Ziff. 4 GG. braucht die Aenderung des zugelassenen Zustandes keineswegs ausschl. durch menschliche Handlungen verursacht werden.

[132]) Eine erneute baupolizeiliche Genehmigung ist dagegen in jedem Falle notwendig.

[133]) D. h. innerhalb einer Zeit, in welcher nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Falles ein Wiederaufbau bzw. eine Wiederherstellung erwartet werden kann. Als Höchstmaß der Frist dürfte regelmäßig 1 Jahr zu betrachten sein. (Vgl. § 4 Abs. 2 GG.).

[134]) Pr.OVG. v. 30. 12. 81 bei Reger 3,15; OVG. v. 18. 1. 84. Entsch. 10,283.

[135]) Die Uebereinstimmung geht jedoch natürlich nicht so weit, daß etwa die Verwendung gleichen Materials zum Aufbau notwendig wäre.

[136]) Ebenso: Michel, Komment. z. GG. § 3 Anm. I b.

[137]) Das gilt allerdings nur dann, wenn noch andere Räume, in denen der Betrieb weitergeführt werden kann, vorhanden sind. Bei völliger Zerstörung halte ich eine Anzeige gem. § 4 GG. Abs. 3 für notwendig.

Dagegen erscheinen willkürliche, d. h. durch vorsätzliche menschliche Einwirkungen hervorgerufene Zerstörungen der zugelassenen Räume auch bei Wiederherstellung eines praktisch völlig gleichen Zustandes als unzulässig im Sinne der Ziffer 3 Abs. 2 des § 12 GG. Und zwar ist dieses m. E. aus dem vom Gesetz gebrachten Ausdruck „unbefugt" zu entnehmen. „Unbefugt" können begrifflich nur Handlungen natürlicher Rechtspersönlichkeiten sein. Eine Zerstörung von Räumen durch solche würde also im Widerspruch mit dem Willen des Gesetzgebers stehen. Denn dieser ist — wie man wohl mit Grund annehmen darf — auch darauf gerichtet, durch strengste Bindung der Existenz der Erlaubnis an den unveränderten Bestand der Sache, Schiebungen durch eine vorausgehende Zerstörung und nachfolgenden Wiederaufbau [138]) auszuschließen. Aus diesem Grunde erscheint es notwendig, daß der Unternehmer, der sich in dieser Weise verhalten hat, sich durch einen erneuten Antrag um Wiederzulassung seines Gast- oder Schankwirtschaftsunternehmens bemüht.

Kapitel 2.

Der Bedürfnisnachweis.

Wenn das Gaststättengesetz in § 1 Abs. 2 anordnet, daß eine Erlaubnis zum Betriebe einer Gast- oder Schankwirtschaft nur unter der Voraussetzung erteilt werden darf, daß das Bedürfnis zur Eröffnung eines solchen Betriebes nachgewiesen ist, so ist mit dieser Forderung eines Bedürfnisnachweises kein neues Recht geschaffen, sondern nur wörtlich die entsprechende Vorschrift des Notgesetzes vom 24. Februar 1923 übernommen worden. Aber auch dieses baute schon auf Normen der Landesgesetzgebung gleichen Inhaltes auf. Es könnte somit scheinen, daß der Bedürfnisnachweis ein altes Rechtsinstitut und das „Bedürfnis" selbst ein Rechtsbegriff sei.

Das ist jedoch nicht der Fall! Der Begriff des Bedürfnisses stammt aus dem Wirtschaftsleben. Er ist deshalb auch an sich kein juristischer, sondern ein wirtschaftlicher Begriff. Selbstverständlich würde aber allein auf Grund der Tatsache, daß jener Begriff von dem Gesetz und der Rechtswissenschaft übernommen worden ist, noch kein Rückschluß auf eine die Gewerbefreiheit beschränkende Wirkung möglich und gerechtfertigt sein. Die Beschränkungen der Gewerbefreiheit durch den Bedürfnisnachweis entstehen erst da-

[138]) Da eine solche wirtschaftlich widersinnig ist, wird der Verdacht unlauterer Machenschaften stets bestehen.

durch, daß die Rechtswissenschaft bezw. das Gaststättengesetz den Begriff des „Bedürfnisses“ im wirtschaftlichen Sinne abgeändert haben. Dem wirtschaftlichen Begriff des Bedürfnisses steht der juristische Begriff scharf gegenüber. Bezeichnet man mit dem ersteren einen Zustand, der von den Interessenten als mangelhaft empfunden und dessen alsbaldige Beseitigung gewünscht wird, also einen tatsächlich vorhandenen Zustand, so geht der rechtliche Begriff zwar auch von diesem aus, fordert aber, daß dieser auch von der Zulassungsbehörde als mangelhaft und beseitigenswert betrachtet wird. Das Bedürfnis im Sinne der Wirtschaft ist also ausschließlich ein Bedürfnis vorwiegend privater Interessenten, das Bedürfnis im Sinne der Rechtswissenschaft, insbesondere des Gaststättengesetzes, aber ein solches des Staates, somit ein „öffentliches Bedürfnis“. Ein solches ist daher nur dort vorhanden, wo nicht nur nach Ansicht des Antragstellers, sondern auch nach der Auffassung der Zulassungsbehörde ein Bedarf an der Eröffnung eines Gast- oder Schankwirtschaftsbetriebes besteht. Da aber diese durch den Bedürfnisnachweis nicht einfach wirtschaftlichen Entwicklungen gerecht werden, sondern letztere in ihrem Sinne in einschneidender Weise beeinflussen will, resultiert aus der Verschiedenheit der Bedürfnisbegriffe eine erhebliche Beschränkung der Gewerbefreiheit des Gast- und Schankwirtsgewerbes.

Die hier geäußerte Ansicht gründet sich einmal auf die Geschichte des Bedürfnisnachweises als eines Mittels zur Bekämpfung des als unerwünscht angesehenen Alkohol-Ausschankes [139]) und sodann auch auf die Tatsache, daß die Reichsregierung in einer Ausführungsverordnung zum Gaststättengesetz vom 21. Juni 1930 (RG. Bl. I S. 191) ausführlich eine Anordnung darüber erlassen hat, unter welchen Voraussetzungen ein Bedürfnis für die Erlaubniserteilung anzuerkennen oder zu verneinen ist. Sowohl der Umstand der Einführung des Bedürfnisnachweises überhaupt, als auch die Ausführungsverordnung zeigen, daß der Gesetzgeber sich durch diesen nicht etwa nur über wirtschaftliche Verhältnisse vor der Erlaubniserteilung Gewißheit verschaffen will, (das würde auch auf andere, einfachere Weise möglich sein) sondern, daß er auf dem Wege über den oft schwierig zu führenden Nachweis des Bedürfnisses wirtschaftliche Entwicklungen aus vorwiegend sozialpolitischen Gründen lenken will.

Vom Standpunkt einer freien und unbehinderten Gewerbebetätigung aber ist der vom Gaststättengesetz geforderte Nachweis des Bedürfnisses eine fühlbare Beschränkung der Gewerbefreiheit.

[139]) vergl. die Begründung zum Gaststättengesetz Seite 6.

Das zeigt sich namentlich auch darin, daß bei der Prüfung des Bedürfnisses nicht die Interessen des privaten Antragstellers, sondern ausschließlich die öffentlichen Interessen berücksichtigt werden.

Die besondere Berücksichtigung der letzteren ergibt sich sowohl aus dem oben geschilderten Wesen des Bedürfnisnachweises als eines Mittels zur Beeinflussung der privaten Gewerbetätigkeit, als auch insbesondere aus dem Charakter und Aufbau des bei der Feststellung des Bedürfnisses vom Gesetz vorgesehenen Prüfungsverfahrens. Eine Rücksichtnahme auf private Interessen erscheint mindestens grundsätzlich ausgeschlossen. Das geht namentlich aus der Begründung des Gaststättengesetzes mit aller Deutlichkeit hervor. In dieser heißt es: „Für die Entscheidung ist, wie nach geltendem Recht anerkannt, das private Interesse des Gesuchstellers unerheblich. Maßgebend ist vielmehr allein ein nach Würdigung aller Umstände festgestelltes sachliches Interesse, das meist ein öffentliches sein wird.“ [140]).

Dieser Auffassung entsprechend ist auch das in den §§ 18 ff. GG. geregelte Prüfungsverfahren zur Feststellung des Bedürfnisses aufgebaut. Maßgebend sind hier nicht die Angaben des Antragstellers, obwohl dieser zum Nachweis des Bedürfnisses in seinem Antrag verpflichtet ist, sondern die Aeußerungen der in § 19 aufgezählten behördlichen und nichtbehördlichen Instanzen. Die Polizei- und öffentliche Gemeindebehörde sind in jedem Falle gutachtlich zu hören, die übrigen Organe soweit dieses von der obersten Landesbehörde angeordnet worden ist [141]).

Die Grundsätze, nach denen im konkreten Fall die Feststellung des Bedürfnisses zu erfolgen hat, sind von der Reichsregierung kraft der ihr im § 1 Abs. 3 Ziff. a. GG. erteilten Ermächtigung in der oben erwähnten Ausführungsverordnung vom 21. Juni 1930 ausführlich entwickelt worden. Da diese Bestimmungen praktisch außerordentlich bedeutungsvoll sind, aber ihre eingehende Erörterung im Rahmen dieser Abhandlung nicht möglich ist, seien hier auszugsweise nur kurz die wichtigsten Vorschriften derselben im Wortlaut angeführt:

§ 1. Bei Anträgen auf Erteilung der Erlaubnis zum Ausschank nichtgeistiger Getränke, insbesondere von Milch, ist das Bedürfnis in der Regel zu bejahen. Es ist nur zu verneinen, wenn sich aus besonderen Umständen ergibt, daß ein Bedürfnis nicht vorhanden ist.

[140]) Begründung zum Gaststättengesetz Seite 16.

[141]) In Preußen sind vor der Erteilung der Erlaubnis zum Betriebe einer Schankwirtschaft mit dem Ausschank von geistigen Getränken in allen Fällen die örtliche und falls eine solche nicht vorhanden ist, die bezirksweise Vertretung der Arbeitgeber und Arbeitnehmer der beteiligten Gewerbe zu hören. (Durchf. V.O. v. 18. 6. 30 G.S. Seite 117).

§ 2. Bei Anträgen auf Erteilung der Erlaubnis zum Ausschank geistiger Getränke ist das Bedürfnis nach strengsten Grundsätzen zu prüfen. Die persönlichen Interessen des Antragstellers oder anderer an der Erlaubnis beteiligten Personen sind bei der Prüfung nicht zu berücksichtigen. Das Bedürfnis muß im Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis gegenwärtig und darf nicht nur vorübergehend sein [142]). Führt die Prüfung der maßgebenden Umstände nicht überzeugend zur Bejahung des Bedürfnisses, so muß es verneint werden.

§ 3. (1) Die Prüfung ist insbesondere auf folgende Umstände zu richten: Art und örtliche Lage des Betriebes, für den die Erlaubnis beantragt wird, Zahl, Art, örtliche Lage und Entfernung der schon vorhandenen Gast- oder Schankwirtschaften; soziale Schichtung, Lebensgewohnheiten und Dichtigkeit der Bevölkerung; Erfordernisse des Ortsverkehrs und Fremdenverkehrs.

(2) Eine Bestimmung des Bedürfnisses nur nach Maßgabe des Verhältnisses der Zahl der vorhandenen Betriebe zur Einwohnerzahl ist ausgeschlossen.

§ 4. Soweit nach § 1 Abs. 1 des Gaststättengesetzes Personenvereinigungen eine Erlaubnis erteilt werden kann, ist bei Anträgen auf Erteilung der Erlaubnis zum Betrieb einer Gast- oder Schankwirtschaft zu berücksichtigen, daß das Bedürfnis nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß es sich auf einen bestimmten Personenkreis beschränkt.

§ 5. Im Rahmen der in den §§ 2, 3 und 4 enthaltenen Grundsätze ist im besonderen zu beachten:

1. Bei Anträgen auf Erteilung der Erlaubnis zum Betrieb einer Schankwirtschaft mit ausschließlichem oder vorwiegendem Branntweinausschank (z. B. Bars, Likörstuben) darf das Bedürfnis nur in Ausnahmefällen anerkannt werden; dabei sind nicht nur die schon vorhandenen gleichartigen, sondern alle Schankstätten in Betracht zu ziehen, in denen Branntwein ausgeschenkt wird.
2. Bei Anträgen auf Erteilung der Erlaubnis zum Betrieb einer neu zu errichtenden Gast- oder Schankwirtschaft oder zur Erweiterung einer bestehenden Gast- oder Schankwirtschaft auf bisher nicht zugelassene Räume oder Getränke ist ein strengerer Maßstab anzulegen als bei Anträgen auf Erteilung der Erlaubnis zum Betrieb einer schon vorhandenen Gast- oder Schankwirtschaft.
3. Bei Anträgen auf Erteilung der Erlaubnis zum Betriebe einer schon vorhandenen Gast- oder Schankwirtschaft, darf, insbesondere bei Betrieben, die einem häufigen Besitzwechsel unterliegen, das Bedürfnis nicht allein schon aus dem bisherigen Vorhandensein des Betriebes gefolgert werden. Auch hier sind alle für die Bedürfnisprüfung maßgebenden Umstände in Betracht zu ziehen. Im übrigen sollen bei Würdigung des Bedürfnisnachweises, unbeschadet des Ziels einer planmäßigen Verminderung der über das Bedürfnis hinaus vorhandenen Schankwirtschaften, die bestehenden Betriebe nur insoweit als gleich-

---

[142]) Vergl. die nachfolgenden Ausführungen auf Seite 51 ff. Namentlich die Vorschriften der §§ 1 und 2 zeigen auf das deutlichste, daß der Bedürfnisnachweis nicht objektiv feststellen soll, ob ein wirtschaftliches Bedürfnis vorhanden ist: Im Falle des § 1 (Antrag auf Erlaubnis zum Ausschank nichtgeistiger Getränke) soll die Verordnung dafür sprechen, daß ein Bedürfnis vorhanden ist, im Falle des § 2 dagegen in umgekehrter Weise für das Nichtvorhandensein eines Bedürfnisses.

wertig angesehen werden, als sie nach Größe und Betriebsart gleichartig sind.

4. Bei Anträgen auf Erteilung der Erlaubnis zum Betrieb einer Gastwirtschaft ist grundsätzlich die Prüfung sowohl auf das Bedürfnis für die Fremdenbeherbergung wie auf das Bedürfnis für den Ausschank der einzelnen Getränkearten zu richten.

Ueberblickt man diese Vorschriften, so erkennt man unschwer, daß zwar der Begriff des Bedürfnisses als solcher unveränderlich ist, daß aber die Maßstäbe, die zur Feststellung desselben im konkreten Falle dienen, durchaus variabel sind. So sind diese zunächst in hohem Maße zeitlich bedingt. Alle oben in § 3 der Durchführungsverordnung als leitende Gesichtspunkte angegebenen Merkmale zeigen dieses aufs deutlichste. Zahl, Art, örtliche Lage und Entfernung der schon vorhandenen Gast- bzw. Schankwirtschaften ändern sich — namentlich in Großstädten — dauernd. In gleicher Weise unterliegen auch die soziale Schichtung der Bevölkerung, ihre Lebensgewohnheiten und ihre Dichte weitgehenden Wandlungen. Das Gleiche gilt auch vom Orts- und Fremdenverkehr [143]). Schließlich kann auch kein Zweifel darüber bestehen, daß sowohl die soeben genannten Merkmale, als auch andere bei der Prüfung des Bedürfnisses noch zu berücksichtigende Gesichtspunkte, in starkem Maße von den herrschenden kulturellen, wirtschaftlichen und sozialen Anschauungen abhängig sind. So steht z. B. durchaus nicht fest, daß wir das, was wir heute als kulturell wertvoll, oder sozial wichtig bezeichnen, auch noch in einiger Zeit in gleicher Weise beurteilen werden. Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß unsere oben geäußerte Ansicht von der Veränderlichkeit der Maßstäbe, welche bei der Prüfung des Bedürfnisses eine Rolle spielen, zutreffend ist. Aendern sich diese Maßstäbe, so muß sich dieses aber auch auf das Endergebnis des ganzen Feststellungsverfahrens, also auf das, was wir im konkreten Falle „Bedürfnis“ nennen, auswirken. Dieses ist daher im Rahmen des Erlaubnisverfahrens keine absolute, sondern eine relative Größe.

Aus dieser Tatsache ergibt sich ein weiterer wichtiger Schluß: Er ermöglicht es uns, festzustellen, auf welche Zeit sich die Prüfung des Bedürfnisses zulässigerweise erstrecken darf, ob auf die Zukunft, Gegenwart oder Vergangenheit. Wir wiesen oben auf die zeitliche Bedingtheit aller Faktoren hin, die bei der Bedürfnisprüfung von Bedeutung sind. Diese Tatsache zeigt aber nicht nur die Veränderlichkeit dieser Maßstäbe schlechthin, sie zeigt auch, daß sich die Sachlage, die der Prüfung zugrundeliegt unter Umständen sehr schnell, auch ohne daß eine vorsätzliche menschliche Ein-

[143]) Die Aufzählung ist nicht erschöpfend; sie soll hier wie in § 3 der Durchführungsverordnung nur eine allgemeine Linie festlegen.

wirkung festzustellen ist, wandeln kann. Nachprüfbar ist deshalb eine Entscheidung in der Bedürfnisfrage nur für die Vergangenheit und Gegenwart, nicht jedoch auch für die Zukunft, da diese unberechenbar ist. Für die Gegenwart und Vergangenheit sind die angelegten Maßstäbe bekannte und erwiesene Größen, für die Zukunft aber würden sie nur hypothetische Vermutungen sein. Das Gaststättengesetz verlangt aber ausdrücklich, daß das Bedürfnis „nachgewiesen ist“ [144]). Eine Berücksichtigung der in Zukunft vielleicht möglichen wirtschaftlichen Entwicklungen muß daher bei der Bedürfnisprüfung ausscheiden [145]). Eine Prüfung, die in dieser Ausdehnung vorgenommen wird, ist mangels Nachprüfbarkeit unzulässig. Würde man sich auf einen entgegengesetzten Standpunkt stellen, so wäre man auch gezwungen, die Feststellung des Bedürfnisses als reinen Ermessensakt der Verwaltungsbehörde aufzufassen und demgemäß eine Nachprüfung durch ein Verwaltungsgericht auszuschließen. Dieser Ansicht steht aber der klare Wortlaut des § 18 Ziff. 2 GG. entgegen, der ausdrücklich den Nachweis des Bedürfnisses als Rechtsfrage bezeichnet und ihn grundsätzlich der verwaltungsrichterlichen Kontrolle, soweit ein einschlägiges Streitverfahren überhaupt Platz greift, unterstellt [146]).

Zum Schlusse unserer Erörterungen über den Bedürfnisnachweis bedarf es noch einer kurzen Betrachtung des rechtlichen Zusammenhanges zwischen diesem und der Erlaubnis selbst. Auszugehen haben wir hierbei von dem Wesen der letzteren, als eines Polizeiverbots mit Erlaubnisvorbehalt. Ein solches ist von der Rechtsordnung immer dort vorgesehen, wo zwar keine unmittelbare Gefahr besteht, die die Polizei zum Einschreiten berechtigen könnte, wo aber immerhin Gefahrenherde vorhanden sind, die besonderer Beobachtung und Ueberwachung bedürfen, um nach Möglichkeit eine langsam oder plötzlich auftretende Störung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit wie auch der Belange des Staates zu vermeiden. Entsprechend der modernen Auffassung von dem Wesen des Staates und der Polizei, welche jede unnötige Einmischung

---

144) § 1 Abs. 2 GG.

145) vergl. § 2 der Ausführungsverordnung vom 21. 6. 1930 zum Gaststättengesetz: „Das Bedürfnis muß im Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis gegenwärtig . . . sein.“ (siehe oben Seite 49).

146) Daß es sich bei der Prüfung des Bedürfnisses nicht um einen Akt des freien behördlichen Ermessens handeln kann, geht — ganz abgesehen von der vom Gaststättengesetz ausdrücklich vertretenen entgegengesetzten Auffassung — auch daraus hervor, daß objektive Kennzeichen im beträchtlichen Maße das freie Ermessen der Behörde einschränken. Vergl. die auf Grund des § 1 Abs. 3 GG. ergangenen Reichs- und landesrechtlichen Vorschriften, insbesondere auch die oben auszugsweise wiedergegebene preußische Ausführungsverordnung vom 5. 6. 30.

in die Verhältnisse der gewaltunterworfenen Rechtssubjekte vermieden sehen will, erschöpft sich also das Wesen der Polizeierlaubnis darin, daß sie Gefahren-Abwehr sein will.

Da die in Betracht kommenden Gefahren aus Person und Sache erwachsen, muß sich auch der Inhalt der Zulassung in der oben dargestellten subjektiv dinglichen Bindung erschöpfen, mithin also in der Gefahrenabwehr [147]). Diesen Grundsatz hat das Gaststättengesetz wie das ihm vorausgegangene Notgesetz vom 24. 2. 23 verlassen, indem es die Erteilung der Zulassung an die Voraussetzung des Bedürfnisnachweises knüpft. Es bedarf keiner Erörterung, daß selbstverständlich auch dieser polizeiliche Aufgaben zu erfüllen bestimmt ist, seine Zielsetzung erschöpft sich aber nur zum geringsten Teil hierin [148]), wie sich unzweifelhaft aus der Vorgeschichte, aus den Begründungen der Regierungsvorlagen, den Ausführungsbestimmungen ergibt. Er ist aus sozialen und wirtschaftlichen Erwägungen [149]) heraus geschaffen.

Entspricht nach dem Gesagten das Wesen und rechts-politische Ziel des Bedürfnisnachweises nicht dem der Zulassung, so weist auch die Entwicklungsgeschichte der letzteren darauf hin, daß er nicht als ein Wesensbestandteil der Gast- bezw. Schankwirtschaftserlaubnis betrachtet werden kann. Lange, bevor man den Bedürfnisnachweis schuf [150]), war bereits die Erlaubnis als Polizeierlaubnis normalen Aufbaus bekannt und in Geltung. Erst als man einsah, daß dieses allein für sich noch nicht eine genügende Handhabe zur Eindämmung der immermehr anwachsenden Zahl von Wirtschaftsbetrieben bildete, fügte man den Zwang zum Nachweis des Bedürfnisses z u s ä t z l i c h hinzu. Ein sehr deutlicher Hinweis hierfür und für den mangelnden logischen und begrifflichen Zusammenhang mit der Erlaubnis findet sich heute im Wortlaut des Gaststättengesetzes, wenn es dort heißt: „Wer Gastwirtschaft, Schankwirtschaft oder Kleinhandel mit Branntwein betreiben will, bedarf dazu der Erlaubnis“ und dann im nächsten Absatz als Bedingung hinzugefügt wird, die Erlaubnis darf aber nur erteilt werden, wenn ein Bedürfnis nachgewiesen ist. M.E. kann deshalb

147) Vgl. auch Fleiner, Institutionen S. 407 oben.

148) Bekämpfung des Alkoholkonsums.

149) Damit lebt die alte Streitfrage, ob Wohlfahrtspflege auch ein Gegenstand des polizeilichen Aufgabenkreises und des Staates sei, wieder erneut auf. Denn wenn wir auch festgestellt haben, daß der Bedürfnisnachweis kein „Wesens“ bestandteil der Wirtschaftskonzession darstellt, so läßt sich doch nicht die Tatsache übersehen, daß wir in der Verbindung der beiden ein einheitliches — wenn auch aus zwei wesensmäßig verschiedenen Elementen zusammengesetztes — Rechtsinstitut zu erblicken haben.

150) Durch das Notgesetz vom 24. 2. 23 Art 1 § 1.

in der Verbindung der Erlaubnis mit dem Nachweis des Bedürfnisses nur eine äußerliche Verbindung zweier Rechtsgebilde gesehen werden, nicht aber ein homogenes Ganzes. Eine weitere Bildung des Rechtsinstituts der Zulassung hat keinesfalls stattgefunden. Umso weniger kann daran gezweifelt werden, daß der Bedürfnisnachweis eine zusätzliche Beschränkung der Gewerbefreiheit darstellt.

Kapitel 3.

Die Stellvertretungserlaubnis.

Für das Gast- und Schankwirtsgewerbe bestanden vor dem Inkrafttreten des Gaststättengesetzes keinerlei besondere Vorschriften über die Vertretung des Betriebsinhabers. Maßgebend war daher allein die sehr allgemeine Vorschrift des § 45 der Reichsgewerbeordnung, nach welcher die Befugnisse zum stehenden Gewerbebetrieb durch einen Stellvertreter ausgeübt werden konnten, sofern dieser den für das Gewerbe insbesondere vorgeschriebenen Erfordernissen genügte. Es war dem Gast- bezw. Schankwirt infolgedessen grundsätzlich unbenommen, sich in der Führung und Ausübung seiner Erwerbstätigkeit durch eine andere Person vertreten zu lassen.

Diese schon seit dem Jahre 1869 bestehende Regelung erwies sich jedoch für das Gast- und Schankwirtsgewerbe immer mehr als unzulänglich, zumal auch das Notgesetz vom 24. 2. 23. die Vorschrift des § 45 G.O. unberührt gelassen hatte. „Diese Vorschrift wird besonders im Gast- und Schankwirtsgewerbe vielfach mißbraucht. Oft wird ein Stellvertreter bestellt um die Einholung einer neuen Erlaubnis für den Gewerbebetrieb zu umgehen. Dadurch werden die mit dem Erlaubniszwang beabsichtigten Zwecke im weiten Umfang vereitelt. Mitunter wird auch der Stellvertreter infolge seiner starken Abhängigkeit vom Inhaber der Erlaubnis den Betrieb unter ungünstigen Bedingungen führen, die ihn dazu drängen, seine Einnahme durch Ausbeutung der Gäste, Förderung der Völlerei und auf sonstige unlautere Weise zu steigern". (Begründung zum Gaststättengesetz Seite 13).

Es kann kein Zweifel darüber bestehen, daß solche Mißbräuche der Stellvertretung in zahlreichen Fällen vorkamen und zur Umgebung der Erlaubnis benutzt wurden. Das Gaststättengesetz stellt deshalb, um diese Möglichkeit auszuschalten, den Grundsatz einer

streng persönlichen Betriebsführung auf, beschränkt aber hierbei unvermeidlich auch insoweit die gewerbliche Bewegungsfreiheit des Gast- und Schankstättengewerbes. Das Gaststättengesetz erklärt eine Stellvertretung grundsätzlich für unzulässig und gestattet eine solche nur in einigen wenigen, in § 6 GG. genau und erschöpfend [151]) aufgezählten Fällen. Nach dieser Vorschrift ist eine Stellvertretungserlaubnis natürlichen Personen nur unter der Voraussetzung zu erteilen.

a) daß nach Erteilung der Erlaubnis Umstände eingetreten sind, die den Inhaber derselben hindern, persönlich seinen Betrieb zu führen (insbesondere wenn dieser in der Verfügung über sein Vermögen beschränkt worden ist);

b) daß der Inhaber des Unternehmens und der Erlaubnis gestorben ist und dieses für seine Witwe oder für seine minderjährigen Erben bzw. bis zur Beendigung der Nachlaßauseinandersetzung fortgeführt werden soll;

c) daß bei juristischen Personen und nichtrechtsfähigen Vereinen der Betrieb durch andere Personen als den Antragsteller (siehe § 2 Abs. 2 GG.) geführt werden soll.

Die Fälle der Stellvertretung sind damit vom Gaststättengesetz eindeutig umschrieben worden. Keine Beantwortung hat jedoch die Frage gefunden, was man unter einer Stellvertretung im Sinne des Gesetzes zu verstehen hat. Eine Legaldefinition der letzteren findet sich weder im Gaststättengesetz noch in anderen Vorschriften der Gewerbeordnung. Wir haben daher bei unserer Betrachtung von der Definition der Begriffe der Stellvertretung auszugehen, die die Verwaltungspraxis und die Rechtsprechung im Laufe der Zeit entwickelt hat. Nach der Begründung zum Gaststättengesetz [152]) ist als Stellvertreter diejenige Person zu bezeichnen, „welche auf Grund vertraglicher oder gesetzlicher Vollmacht den Betrieb im Namen und für Rechnung des Inhabers, im übrigen aber unter eigener Verantwortung selbständig führt, und die sich einerseits vom Gehilfen oder Geschäftsführer, der das Gewerbe oder einzelne Zweige desselben unter Aufsicht und Leitung des Inhabers verwaltet, andererseits von dem Pächter der Gewerbeeinrichtung unterscheidet, der das Gewerbe auf eigene Rechnung und im eige-

[151]) Daß die in § 6 befindliche Aufzählung erschöpfend ist, ergibt sich, abgesehen von der allgemeinen Tendenz des Gesetzes auch aus Abs. 3 der genannten Vorschrift: „Sie — die Stellvertretungserlaubnis — ist zu versagen, wenn diese Voraussetzungen nicht vorliegen".

[152]) Begründung zum Gaststättengesetz Seite 13; vergl. auch die zahlreichen bei Conrad u. Floegel, Kommentar zur Reichsgewerbeordnung § 45 Anm. 3 angeführten Entscheidungen.

nen Namen ausübt." Faßt man diese etwas umfangreiche Umschreibung des Stellvertretungsverhältnisses prägnanter und kürzer, so ergibt sich, daß „Stellvertreter" eine Person ist, die für den Betriebsinhaber unter eigener Verantwortung, aber auf Rechnung des letzteren das Unternehmen selbständig führt. Der Begriff der Stellvertretung stimmt also mit dem des Gewerberechts (§ 45 GO.) überein[153]). Er weicht dagegen sehr wesentlich von dem privatrechtlichen Vertretungsbegriff ab. Die privatrechtliche Vertretungsbefugnis schöpft ihren Inhalt ausschließlich aus dem zugrunde liegenden Privatrechtsverhältnis, sei es im Falle gesetzlicher Vertretung aus dem Umfang der entsprechenden Gesetzesvollmacht, sei es im anderen Falle aus einem rechtsgeschäftlichen Vollmachtsverhältnis. Im scharfen Gegensatz hierzu gründet sich die Stellvertretungsbefugnis des Gaststättengesetzes als solche in keiner Weise auf ein privates Verhältnis oder eine private Willenserklärung, sondern ausschließlich auf einen behördlichen Verwaltungsakt[154]).

Die Stellvertretungserlaubnis des Gewerberechts und des Gaststättengesetzes insbesondere entsteht daher nicht auf Grund eines privaten, sondern infolge eines öffentlichen Rechtsaktes. Sie ist auf das engste mit der Erlaubnis im Sinne des § 1 GG. verwandt. Die Vorschriften über letztere gelten daher grundsätzlich in entsprechender Weise auch für die Stellvertretungserlaubnis, insbesondere gilt dies bezüglich des Umfanges und Erlöschens (§§ 3, 4 GG.) der Erlaubnis. Nur hinsichtlich des Bedürfnisnachweises ist eine Ausnahme zu machen. Eine Prüfung eines Antrages auf Erteilung einer Stellvertretungserlaubnis auch in dieser Richtung ist unzulässig, da die letztere an sich keine selbständige, sondern eine auf eine Betriebserlaubnis im Sinne des § 1 GG. aufgebaute Zulassung ist[155])[156]).

---

[153]) Vgl. Conrad u. Floegel Komment. zur Reichsgewerbeordnung § 45 Anm. 2.

[154]) Die mangelnde Uebereinstimmung zwischen der Stellvertretungserlaubnis im Sinne des Gaststättengesetzes und der privatrechtlichen Stellvertretungsbefugnis äußert sich z. B. auch darin, daß der Stellvertreter im Sinne des Gaststättengesetzes durch die Stellvertretungserlaubnis keineswegs gleichzeitig auch eine privatrechtliche Vertretungsbefugnis erhält. Die letztere dürfte allerdings insofern für die Stellvertretungserlaubnis von Bedeutung sein, als sie als eine bei dem Erteilungsverfahren zu prüfende und vom Antragsteller nachzuweisende Voraussetzung zu betrachten ist.

[155]) Das Verhältnis zwischen der Erlaubnis im Sinne des § 1 GG und der Stellvertretungserlaubnis findet weiter unten noch eingehendere Betrachtung.

[156]) Genau genommen findet auch im Falle der Stellvertretungserlaubnis eine Prüfung des Bedürfnisses statt. Denn wenn § 6 Abs. 3, 4 GG. eingehend die Voraussetzungen nennt, unter welchen eine Stellvertretungser-

Sinn und Aufgabe der Stellvertretungserlaubnis ist es, trotz der strengen Gebundenheit der Erlaubnis in persönlicher Beziehung einen Wechsel in der Person des Leiters des zugelassenen Betriebes zu ermöglichen. Ein anderes Rechtssubjekt soll für den eigentlichen Träger der Erlaubnis die Führung des Unternehmens übernehmen. Daraus folgt aber notwendig, daß an den Stellvertreter die gleichen Anforderungen gestellt werden müssen, wie sie derjenige zu erfüllen hat, dessen Platz er einnehmen soll. § 6 spricht daher die entsprechende Anwendung der Vorschriften des § 2 Abs. 1 Ziff. 1 u. 2, sowie des § 4 GG.[157]) aus. Das Verfahren bei der Zulassung der Stellvertretung ist ebenfalls dem bei der Erteilung der eigentlichen Betriebserlaubnis gleichgestellt, sodaß für diese Verwaltungsakte lediglich die Erlaubnisbehörde in Betracht kommt.

Wenn auch, nach dem soeben Gesagten die persönlichen Eigenschaften des Stellvertreters für die Erteilung der Zulassung von höchster Bedeutung sind, so kann hieraus dennoch nicht der Schluß gezogen werden, daß der Träger der Stellvertretungserlaubnis der Stellvertreter selbst ist. Abgesehen davon, daß sich für diese Auffassung im Text des Gaststättengesetzes kein Anhalt findet[158]), weist auch die Begründung [159] ausdrücklich darauf hin,

---

laubnis erteilt werden darf, so ist diese Vorschrift lediglich ein Ausdruck dafür, daß der Gesetzgeber nur unter den in ihr genannten Umständen ein Bedürfnis für eine Stellvertretung anerkennt, in anderen Fällen aber mißbilligt und nicht gestattet. Diese Bedürfnisprüfung bewegt sich aber in ganz anderen Bahnen als die der §§ 1 u. 2 GG. und kann nicht dieser gleichgestellt werden.

[157]) Die eigentliche Zulassung und die Stellvertretungs-Zulassung sind demnach hinsichtlich ihrer Erteilung nicht völlig gleich geartete Rechtsinstitute, da § 3 Abs. 4 GG. für die letztgenannte Erlaubnis nicht gilt, Diese kann demnach sowohl auf Zeit wie auf Widerruf oder unter auflösender Bedingung erteilt werden. Aus diesem Grunde stellt die Zulassung eines Vertreters nicht in jedem Fall auch eine Erlaubnis dar, die ein unbeschränktes subjektiv öffentliches Recht einräumt, sie kann also — die genannten Einschränkungen in der Vertretererlaubnis sind in das freie Ermessen der Zulassungsbehörde gestellt — auch eine Duldung sein. Bei einer solchen Erlaubnis auf Zeit bzw. Widerruf bzw. unter auflösender Bedingung muß jedoch eine solche Einschränkung ausdrücklich ausgesprochen werden, da die regelmäßige Vertretererlaubnis nach § 6 GG. nicht wie die nach § 7 GG. eine Zulassung nur auf Widerruf kennt.

[158]) Wenn der Wortlaut des Gesetzes im § 6 GG. Abs. 1 die Formulierung gefunden hat, daß die Ausübung des Gewerbes „durch" einen Stellvertreter erlaubnispflichtig ist, so geht daraus hervor, daß der Betriebsinhaber der Träger der Vertretungserlaubnis ist. Im gleichen Sinn spricht auch Abs. 2 der gleichen Vorschrift davon, daß die Erlaubnis „für" einen bestimmten Stellvertreter erteilt werden soll.

[159]) Begründung Seite 13.

daß die Erteilung der Zulassung nicht der Stellvertreter, sondern der Betriebsinhaber zu beantragen habe[160]). Als Partei kommt in dem Verfahren also nur der letztere allein in Betracht; allerdings kann der Stellvertreter auf Grund einer rechtsgeschäftlich oder gesetzlich begründeten Vollmacht antragsberechtigt werden.

Zwischen der Betriebszulassung und der Zulassung eines Stellvertreters — in beiden Fällen handelt es sich um eine Polizeierlaubnis — besteht ein Abhängigkeitsverhältnis dergestalt, daß die vorherige Zulassung des Unternehmers die unbedingt notwendige Voraussetzung für die Erteilung der Stellvertretungserlaubnis bildet. Sie bildet überhaupt darüber hinaus eine unumgängliche Bedingung für das Bestehen des letzteren, dergestalt, daß ein etwaiger Untergang der zugrunde liegenden Erlaubnis notwendigerweise auch das Erlöschen[161]) der Stellvertretungszulassung nach sich ziehen muß. An ihrem akzessorischen Charakter kann daher — vgl. auch den Wortlaut des § 6 Abs. 3 GG. —[162]) kein Zweifel bestehen.

Ist dank diesem Charakter die Verknüpfung der Stellvertretungserlaubnis mit der eigentlichen Zulassung des Betriebsinhabers auch eine enge, so erstreckt sie sich doch nicht so weit, daß Handlungen oder Unterlassungen des Stellvertreters, die vom Gesetz mißbilligt und untersagt bzw. bestraft werden, auf die Haupterlaubnis rückwirken könnten[163]). Die Folgen eines solchen Verhaltens können sich vielmehr regelmäßig nur auf die Stellvertretungserlaubnis erstrecken. Die Akzessorietät bedingt also keine Ausnahmen hinsichtlich der Haftbarkeit und Strafbarkeit des Stellvertreters dergestalt etwa, daß der Betriebsinhaber für Handlungen des letzteren allein oder neben ihm einzustehen hätte. § 29 GG. erklärt vielmehr diesen allein für haftbar.

---

[160]) Die Erteilung der Stellvertretungserlaubnis des § 6 GG. unterliegt nicht dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörde. Diese ist vielmehr hier wie bei der Erteilung der eigentlichen Zulassung gebunden, sodaß der Antragsteller bei Erfüllung aller einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen ein Recht auf die Erteilung einer Stellvertretungserlaubnis hat. Unsere oben gemachten Ausführungen bezügl. des Rechts auf Erteilung einer Zulassung zum Betriebe eines Gast- oder Schankwirtschaftsunternehmens gelten also entsprechend.

[161]) Aus welchen Gründen dieses erfolgt, ist gleichgültig. Z. B. durch Fortfall des Trägers der Betriebszulassung.

[162]) Die Stellvertretungserlaubnis ist natürlichen Personen zu erteilen, wenn

1. n a c h Erteilung der Erlaubnis....

Vergl. auch § 12 GG. Abs. 1: „Die Erlaubnis... zur Ausübung des Gewerbes d u r c h einen Stellvertreter...."

[163]) s. a. Michel, Komment. z. GG. Anm. I,2 zu § 12.

Die im § 7 GG. getroffenen Vorschriften bezügl. einer vorläufigen Stellvertretungserlaubnis bieten hinsichtlich ihres rechtlichen Aufbaus insbesondere auch in Bezug auf die dadurch ebenfalls veranlaßten Einschränkungen der Gewerbefreiheit nichts grundsätzlich Abweichendes, es sei denn, daß man dies in der freien Widerruflichkeit der erwähnten vorläufigen Erlaubnis erblickt. Dies findet jedoch in deren Wesen als einer Art Notmaßnahme [164]), die die Fortführung [165]) des übernommenen Betriebes gewährleisten soll, ihre Rechtfertigung.

Kapitel 4.

Bedingungen und Auflagen.

Wie jedes Rechtssubjekt ist auch der Gewerbetreibende den gesetzlichen Vorschriften allgemeinpolizeilichen Inhalts unterworfen. — Für das Gast- und Schankwirtsgewerbe bewendet es jedoch nicht allein mit diesen, an sich schon die natürliche Betätigungsfreiheit beschränkenden (im öffentlichen Interesse jedoch selbstverständlich notwendigen) Vorschriften. Das Schank- und Gastwirtsgewerbe unterliegt vielmehr darüber hinaus noch einer Anzahl gesetzlicher Bestimmungen, die die Möglichkeit der Auferlegung weiterer beschränkender Eingriffe in die Gewerbefreiheit in sich schließen. Denn der Verwaltungsakt, durch welchen die Zulassungsbehörde den Betrieb eines Schank- und Gastwirtschaftsunternehmens billigt, bietet wie die meisten publizistischen Rechtsgeschäfte Raum für Beschwerungen. Diese tragen den Charakter von Nebenbestimmungen zu dem Hauptakt und vermögen dessen Inhalt in ihrer praktischen Auswirkung weitgehend zu beeinflussen. Solche Nebenbestimmungen sind in zweierlei Formen im Gaststättengesetz vom Gesetzgeber vorgesehen: als Bedingung und als Auflage [166]).

---

[164]) Die Vorschrift des Gaststättengesetzes ist der Uebung der Verwaltungsbehörden entnommen. Da die GO. keine derartige vorläufige Zulassung kannte, half man sich aus allgemeinen Billigkeitsgründen mit der sogenannten Not- oder Vorerlaubnis. Vgl. auch Pr. Min.Erlaß v. 5. 6. 30 Abschn. 2 zu § 7 (Min.Bl. 541).

[165]) Nur um die Fortführung bestehender Betriebe handelt es sich im § 7 GG. Eine vorläufige Stellvertreterzulassung für neu zu schaffende Betriebe ist ebenso wenig zulässig, wie eine vorläufige Zulassung für ein Unternehmen überhaupt.

[166]) Die Verknüpfung der Erlaubnis mit einer Bedingung oder Auflage war auch schon vor dem Inkrafttreten des Gaststättengesetzes üblich. Während die Auferlegung einer Auflage b e i Erteilung der Erlaubnis all-

Wenn auch das Gaststättengesetz in § 11 nur von der letzteren spricht, so kann doch mangels entgegenstehender Bestimmungen nicht daran gezweifelt werden, daß auch die Gewährung einer Zulassung unter einer oder mehreren Bedingungen zulässig ist. Die Bedingung, welche mit dem Verwaltungsakt der Zulassung verknüpft ist, kann naturgemäß nur eine solche aufschiebender Natur sein[167]). Sie wendet sich an den freien Willen des Antragstellers, in dem sie diesem anheim stellt, durch Erfüllung die Voraussetzungen für das Wirksamwerden der Zulassung zu schaffen. Diese selbst ist bereits vorhanden. Sie ist durch den Bescheid der Behörde entstanden, entbehrt aber, solange die Erfüllung der Bedingung aussteht, rechtsgestaltender Kraft[168]). Aus diesem Grunde ist die Erfüllung als dasjenige Rechtsmoment zu betrachten, welches die bisher hinsichtlich ihrer Rechtswirksamkeit latent gebliebene Zulassung in das Stadium eines realen Rechts- und Pflichtkomplexes überführt.

Die Bedingung erfüllt als Nebenbestimmung einer Zulassung eine sehr bedeutsame Funktion. Sie gewährt die Möglichkeit, einen nicht völlig allen gesetzlichen Voraussetzungen genügenden Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis zum Betriebe einer Gast- bzw. Schankwirtschaft nicht unmittelbar ab instantia zurückweisen zu müssen. Entsprechend dieser Aufgabe muß das Ziel und der Inhalt der Bedingung sich darin erschöpfen, die Tatsachenlage herbeizuführen, bei deren Vorliegen der Antragsteller ein, wie wir oben gesehen haben, subjektiv öffentliches Recht auf den Genuß der begehrten Rechtsstellung hat.

Damit ist zugleich auch die Grenze der Zulässigkeit einer derartigen Nebenbestimmung gegeben. Entsprechend deren Funk-

gemein für zulässig erachtet wurde, bestanden vielfach Bedenken, ob dieses auch für die Beschwerung mit einer Auflage n a c h Erteilung der Erlaubnis gelten könne. § 11 Abs. GG. hat diese Zweifel ausgeräumt. Nach geltendem Recht können daher unzweifelhaft auch n a c h Erteilung der Erlaubnis Auflagen gemacht werden.

[167]) Resolutiv-Bedingungen sind angesichts der eingehenden und erschöpfenden Bestimmungen über das Erlöschen der Zulassung nicht denkbar.

[168]) Die vielfach vertretene Meinung, daß eine aufschiebende Bedingung die Wirkung habe, daß erst bei Eintritt der Bedingung der Rechts- und Pflichtkomplex der Zulassung entstünde, ist m. E. irrig. Einmal ist zum Entstehen der Zulassung ein Verwaltungsakt — ein Ausspruch der Zulassungsbehörde — notwendig und zum anderen liegt auch das Wesen der aufschiebenden Bedingung gerade darin, daß sie ein Rechtsgeschäft in der Schwebe hält, also dessen Bestehen an sich unterstellt. Auf unseren Fall übertragen kann es daher keinem Bedenken unterliegen, daß eine Zulassung mit allerdings latenter Wirksamkeit bereits mit dem behördlichen Akt des Bescheides entsteht.

tionen und dem Umstande, daß nicht das freie Ermessen der Zulassungsbehörde über die Erteilung der Erlaubnis entscheidet, muß der Umfang der beigefügten Bedingung so beschaffen sein, daß bei ihrer Erfüllung derjenige Zustand zur Entstehung gelangt, den der Gesetzgeber für die Erteilung der Zulassung fordert[169]). Bedingungen, die über diese Linie hinaus führen, sind als Nebenbestimmungen dieser Art rechtlich unzulässig, können jedoch — was aber eine Frage des konkreten Falles ist — unter Umständen als Auflage aufrecht erhalten werden.

Mit der soeben erfolgten Feststellung des rechtlich zulässigen Umfanges einer Bedingung, die einer Erlaubnis hinzugefügt ist, haben wir zugleich auch die Möglichkeit gewonnen, ihren Inhalt zu bestimmen. Und zwar darf dieser weder in sachlichem noch rechtlichem Widerspruch zu den Vorschriften über die Erteilung einer Erlaubnis stehen, noch mit der Natur des ganzen Verwaltungsaktes unvereinbar sein. Auch dürfen durch sie nicht Umstände in diesen hinein gebracht werden, die dem Sinn und Charakter dieses Hoheitsaktes zuwider laufen. Denn die Bedingung hat lediglich die Aufgabe, ein Hindernis zu beseitigen, welches an sich die Erteilung einer sofort wirksamen Erlaubnis vereiteln würde.

„Dem Inhaber einer Gast- oder Schankwirtschaft können von der für die Erlaubniserteilung zuständigen Behörde bei Erteilung oder auf Antrag der Polizeibehörde nach Erteilung der Erlaubnis Auflagen gemacht werden“[170]).

Diesen Worten des Gesetzes ist zu entnehmen, daß eine „Auflage“ im Sinne des Gaststättengesetzes stets das wirksame Bestehen einer Zulassung voraus setzt, denn ausdrücklich spricht letzteres davon, daß Auflagen entweder „bei“ oder „nach” Erteilung gemacht werden können. Mit Recht hat man deshalb auch davon gesprochen, daß in der Verknüpfung der Erlaubnis mit einer Auflage eine Beschwerung eines Rechtsgebildes mit einem anderen zu erblicken ist. Sachlich liegt daher in allen den Fällen, wo Auflagen gemacht werden, eine „unbedingte Zulassung“ vor, die mit einem „bedingten Befehl“ verbunden ist[171]). Daß in der Auflage ein solcher zu erblicken ist, kann schon deshalb keinen Bedenken begegnen, weil gerade in der Erzwingbarkeit dieser Nebenbestimmung ihr wichtigstes Merkmal gegenüber der „Bedingung“ liegt[172]).

---

169) Vergl. Fleiner, Institutionen S. 409.
170) § 11 GG. Abs. 1 Satz 1.
171) W. Jeellinek, Verw.Recht. S. 253.
172) Eine durch irgendwelche Zwangsmaßnahmen von seiten der Zulassungsbehörde herbeigeführte Erfüllung einer Bedingung würde rechtlich unzulässig sein. Die Erfüllung der letzteren ist ausschließlich in den freien Willen des Antragenden gestellt.

Aus der lockeren rechtlichen Verbindung der „Auflage" mit dem eigentlichen Hauptakt sowie auch aus dem Erfordernis des wirksamen Bestehens des letzteren bei der Beschwerung mit der Nebenbestimmung ergibt sich, daß die Nichterfüllung einer Auflage an sich ohne Einwirkung auf den Bestand der Zulassung selbst ist. Wenn das Gesetz in einem solchen Verhalten auch die Verwirklichung eines strafrechtlichen Tatbestandes erblickt (§ 29 Ziff. 1 GG.), so ist dies sicherlich beachtlich, aber in unserem Zusammenhang nicht die bedeutsamste Folge. Diese ist vielmehr darin zu erblicken, daß durch die Nichterfüllung von Auflagen die Vernichtbarkeit der durch die Erlaubnis begründeten Rechtsstellung möglich wird. Denn um den Pflichtigen zur Erfüllung anzuhalten, ist das zuständige Staatsorgan nicht nur auf die üblichen Zwangsmittel des Verwaltungsrechts angewiesen, sondern hat auch die Möglichkeit, die erteilte Erlaubnis wieder zurücknehmen zu können.

Wie bei der Bedingung ergibt sich der rechtliche zulässige Umfang einer „Auflage" aus der Aufgabe, die sie erfüllen soll. Im Gegensatz zu dem Zweck der Bedingung — Herbeiführung eines polizeilichen Zustandes — ist die Aufgabe der Auflage in der Ergänzung und Erweiterung eines an sich zurzeit der Erlaubniserteilung polizeimäßigen Zustandes [173]) zu erblicken — nicht aber in der Herstellung eines solchen. So überraschend an sich diese Folgerung sein mag, so muß sie doch zwingend aus dem rechtlichen Zusammenhang der Auflage mit der Erlaubnis gezogen werden! Denn wenn eine Auflage nur zulässig ist, falls eine Erlaubnis besteht, diese aber nur Rechtswirksamkeit erlangt, falls die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, so muß bereits bei der Bestimmung einer Auflage ein an sich polizeimäßiger Zustand vorhanden sein.

Hinsichtlich des Inhaltes der Nebenbestimmung der „Auflage" schreibt § 11 GG. vor, daß eine solche nur „zum Schutze der Gäste, Angestellten und Arbeiter gegen Gefahren für Leben und Gesundheit bzw. Sittlichkeit oder zum Schutze der Bewohner des Grundstücks und der Nachbargrundstücke sowie der Bevölkerung gegen erhebliche Nachteile oder Belästigungen" getroffen werden dürfen. Nebenbestimmungen mit Auflage-Charakter, die über diesen Rahmen hinausgehen, sind demnach nicht nur unzulässig, sondern überhaupt unwirksam. Ob sie in concreto den ganzen Verwaltungsakt der Zulassung nichtig machen, oder ob sich nur eine Unwirksamkeit bezügl. der „Auflage" ergibt, ist eine Frage des einzelnen Falles.

[173]) Die sich aber auf die Unternehmen als zusätzliche Beschränkungen der Gewerbefreiheit auswirken.

Bei unserer Untersuchung der Beschränkungen der Gewerbefreiheit des Gast- und Schankwirtsgewerbes, welche sich aus dem Rechtsinstitut der Auflage ergeben, ist auch die Frage, auf welche Rechtsgrundlage zulässigerweise Bezug genommen werden kann, wenn es sich um eine Wiederherstellung des ordnungsmäßigen Zustandes eines genehmigten Unternehmens handelt, von erheblicher praktischer Bedeutung. Vielfach stützen die Verwaltungsbehörden ihre Maßnahmen in dieser Richtung auf § 11 GG., eine Uebung, welche bei eingehenderer Prüfung der Rechtslage bedenklich erscheint.

§ 11 GG. vermag hier des oben erörterten Charakters der „Auflage" als zusätzliche Beschwerung und Mittel zur Erweiterung des „polizeimäßigen Zustandes" keine Rechtsgrundlage zu liefern. Es ist vielmehr in diesem Falle davon auszugehen, daß der Zustand, wie ihn die Zulassungsurkunde vorsieht, als der rechtlich einwandfreie — der ordnungsmäßige — zu betrachten ist. Wird dieser nicht innegehalten, so kann das zuständige Staatsorgan, d. h. also die Polizei, als Hüterin der Ordnung auf Grund der allgemeinen Polizeirechtsnormen [174]) vorgehen. Hierbei ist sie im Gegensatz zur Regelung im § 11 GG. — dies ist von erheblicher praktischer Bedeutung — auch nicht auf eine Maßnahme und Zustimmung der Erlaubnisbehörde angewiesen, sondern kann von sich aus selbständig einschreiten.

Voraussetzung für ein solches Tätigwerden der Polizei ist allerdings, daß die besonderen Verhältnisse des Falles dies notwendig machen. Demgegenüber hat die Bestimmung einer Auflage nicht diese Voraussetzung zu erfüllen. Der Betriebsinhaber kann vielmehr jederzeit mit einer solchen beschwert werden, wenn die Erlaubnisbehörde dieses nach ihrem freien, pflichtgemäßen Ermessen für ratsam [175]) hält. Aus diesem Unterschied ist zu entnehmen, daß Verwaltungsakte in Form einer Auflage und solche, die auf allgemein-polizeirechtlicher Grundlage beruhen, nach dem Willen des Gesetzgebers völlig selbständig und von grundverschiedenen Voraussetzungen ausgehenden Maßnahmen der Staatsgewalt darstellen [176]).

---

[174]) In Preußen kommen in Betracht die auf § 10 II 17 ALR. aufgebaute neue Generalklausel des polizeilichen Aufgabenkreises des preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes vom 1. 6. 1931, ferner §§ 5, 6 des Ges. über d. Pol. Verw. v. 11. 3. 1850.

[175]) Falls entgegenstehende landesgesetzliche Normen mangeln, ist — da ja das Ermessen der Behörde ungebunden ist — keine verwaltungsgerichtliche Nachprüfung möglich.

[176]) Aus diesem Grunde wäre es auch abwegig, nur solche Maßnahmen der Polizei für zulässig zu halten, welche sich auf die in § 11 Abs. 1

Eine zeitliche Begrenzung für die Beschwerung mit „Auflagen" ist angesichts der im § 11 GG. erfolgten Regelung nicht gegeben. Vielmehr ist die Auferlegung in das freie Ermessen der Zulassungsbehörde gestellt, die allerdings ihrerseits an einen entsprechenden Antrag der Polizeibehörde gebunden ist. Die Beschwerung ist also, wie bereits oben gestreift wurde, jederzeit zulässig, d. h. sowohl bei wie nach Erteilung der Zulassung. Mit dieser Regelung ist eine Klärung der bisherigen Rechtslage wiederum im Sinne einer Verschärfung der die Gewerbefreiheit beschränkenden Wirkung der Auflage herbeigeführt. Denn nach dem vor dem Inkrafttreten des Gaststättengesetzes geltenden Recht war es zwar allgemein anerkannt, daß „Auflagen" b e i Erteilung der Erlaubnis bestimmt werden konnten, dagegen aber heftig umstritten, ob dieses auch n a c h Erteilung derselben zulässig war [177]).

Kapitel 5.

Die Polizeistunde.

Wenn das Gaststättengesetz im § 14 von einer „Polizeistunde" spricht, so versteht es hierunter diejenige Beschränkung des Betriebes, der Schank- oder Gastwirtschaft, welche deren Inhabern die Verpflichtung auferlegt, von einem gewissen Zeitpunkt ab sich jeder Erwerbstätigkeit in ihren Unternehmen zu enthalten. Wie bereits aus der Bezeichnung „Polizeistunde" zu entnehmen ist, handelt es sich bei dieser Beschränkung der Gewerbefreiheit in erster Linie um eine gesetzliche Bestimmung, die aus polizeilichen Gesichtspunkten heraus geschaffen ist. Sie soll es der Polizei ermöglichen und erleichtern, die besonderen Gefahrenquellen für Ruhe, Ordnung und Sicherheit zu überwachen, die sich erfahrungsgemäß besonders leicht aus dem Betrieb einer Gast- oder Schankwirtschaft ergeben. Neben diesem Zweck hat die „Polizeistunde" allerdings auch noch andere Funktionen, nämlich solche sozialer [178]) und wirtschaftlicher [179]) Art zu erfüllen.

---

lit. ab genannten Materien beziehen. Im übrigen ist in dieser absoluten Verschiedenheit der behandelten Verwaltungsakte wiederum ein klarer Hinweis dafür zu erblicken, daß die Auflage für den Gast- bzw. Schankwirt eine z u s ä t z l i c h e Beschränkung seiner Gewerbefreiheit darstellt.

[177]) Vgl. die ablehnende Rechtssprechung des Pr. Kammergerichtes sowie des Pr. Oberverwaltungsgerichtes KG. bei Reger 22,11; Pr. OVG. in GA. 21,33.

[178]) Vergl. Aussch. Ber. S. 15 ff., 31 ff.; Bekämpfung d. Alkoholmißbrauches.

[179]) Bekämpfung verschwenderischer Ausgaben.

Es versteht sich von selbst, daß eine Durchführung dieser Aufgaben von dem betroffenen Wirtschaftszweig im Interesse eines geordneten und guten Zusammenlebens den Verzicht auf eine völlig freie, d. h. auch zeitlich ungebundene Betriebsführung fordern muß. Aus diesem Grunde wirkt sich auch die Polizeistunde als Beschränkung der Gewerbefreiheit des Gast- und Schankwirtsgewerbes aus und ist als solche auch in unserer Untersuchung zu berücksichtigen.

§ 14 GG. ist auf Grund seines Wortlautes und Inhaltes eine Bestimmung, die die allgemeine Linie der Regelung der Polizeistunde einheitlich für das ganze deutsche Reich festlegen will. Sie ist daher als Rahmen- und Normativbestimmung zu betrachten, innerhalb derer den Ländern zur näheren Ausgestaltung der Bestimmungen freie Hand gelassen ist[180]). Dabei ist den Ländern unbenommen, solche Bestimmungen entweder in Form neuer Vorschriften zu schaffen[181]) oder sich auf vor Inkrafttreten des Gaststättengesetzes ergangene, aber nicht mit dem § 14 GG. in Widerspruch stehende Normen zu stützen[182]).

Die Wirkungen der Polizeistunde erstrecken sich auf alle diejenigen Betriebe, die als Schank- oder Gaststätten im Sinne des Gaststättengesetzes zu betrachten sind. Darüber hinaus unterliegen ihr aber auch öffentliche Vergnügungsstätten[183]), Ausschänke selbstgezogenen Weines und Apfelweines sowie Speisewirtschaften[184]) [185]). In gleicher Weise gelten die Vorschriften über die Polizeistunde auch für Versammlungen von Vereinen und geschlossenen Gesellschaften, wenn diese in einer Gast- bezw. Schankwirtschaft oder in Lokalen, die mit dieser verbunden und in dem Gesamtbetrieb mit einbezogen sind, stattfinden. Endlich ist es dem Ermessen der zuständigen Landesbehörden anheimgestellt, die Anwendung der Polizeistunde auch auf solche Zusammenkünfte der oben genannten Vereinigungen auszudehnen, bei welchen in Räumen Getränke ausgeschänkt werden, die der Verfügungsgewalt der ersteren (z. B. auf Grund Eigentums-, Miet-, Pacht-, Leiherechts) unterstehen[186]).

[180]) Die sachliche Berechtigung zu einer solchen Regelung ist in dem Umstand zu erblicken, daß es den Ländern viel eher und besser möglich ist, die jeweils örtlichen gegebenen Verhältnisse zu berücksichtigen. Eine reichsrechtliche — einheitliche — Regelung würde bedenkliche Nachteile aufweisen. Vgl. Begr. zu § 14.

[181]) Meist durch Verordnung oder Erlaß.

[182]) Vergl. Wortlaut des § 14 GG.: ....„soweit dies nicht schon geschehen ist".

[183]) § 29 Ziff. 7 GG.

[184]) § 29 Ziff. 6 GG.

[185]) Ausnahmen in § 7, Abs. 1 Ziff. 1—3 GG. für Betriebe der Wehrmacht, der Polizei und der deutschen Reichsbahngesellschaft.

[186]) § 23 GG.

Allen diesen soeben erwähnten Betrieben gegenüber äußert sich die Polizeistunde als ein Termin, von welchem ab die Fortsetzung jeder Handlung, die unmittelbar den Gästen bezw. den Mitgliedern zu dienen bestimmt ist, verboten ist. Die Wirkungen dieses Verbotes sind außerordentlich weitreichend. Es legt den Betrieb seinem gesamten Umfang nach still. Weder Speisen noch Getränke oder andere Genußmittel dürfen mehr verabfolgt werden, es sei denn, daß dieses in Gastwirtschaften außerhalb der Schankräume ausschließlich an Wohngäste auf deren Zimmern geschieht.

Ob die Polizeistunde sich in sachlicher Richtung auch im Sinne einer Sperrung der Schankräume für das Publikum auswirkt, kann an sich zweifelhaft sein. Das Gesetz äußert sich hierüber unmittelbar in keiner Weise. Aber immerhin ist ihm soweit ein Anhaltspunkt zu entnehmen, als es zu erkennen gibt, daß vom Eintritt der Polizeistunde ab der Betrieb nicht mehr fortgesetzt werden soll[187]). Wird diesem Erfordernis genügt, so wird der Umstand, daß sich das Publikum in Schankräumen aufhält, für die Polizeistunde eine Tatsache durchaus unbeachtlicher Natur sein[188]). Man wird deshalb richtigerweise diese Räume insoweit nicht anders als ausschließliche Aufenthaltsräume betrachten dürfen. Auf solche kann sich aber die Wirkung der Polizeistunde als einer spezifischen Beschränkung des gewerbsmäßigen Schankbetriebes nicht erstrecken. Wenn sich deshalb Personen nach Eintritt der Polizeistunde noch in den Schankräumen einer Gast- oder Schankwirtschaft aufhalten, ohne daß diese in den weiteren Genuß irgendwelche Leistungen des Unternehmens, wie Speisen, Getränke oder Genußmittel, durch die Tätigkeit desselben oder kraft eigenen Handelns gelangen, so machen sie lediglich von dem ihnen im Artikel 123 RV. zugezogenen Versammlungsrecht Gebrauch. Dieses kann ihnen aber im Wege der Sperrfrist der Polizeistunde nicht verwehrt werden[189]).

Hinsichtlich der Dauer der Polizeistunde ist zu bemerken, daß diese sich aus den einschlägigen landesrechtlichen Vorschriften zu ergeben hat[190]). Grundsätzlich soll der Beginn nach dem Willen des Gaststättengesetzes auf 1 Uhr als äußerste Grenze festgesetzt werden. Damit wird allerdings praktisch nur ein Anhalt für die

[187]) Vergl. auch die Motive, die zur Einrichtung der Polizeistunde überhaupt geführt haben.

[188]) Vergl. KG. in GA. 22,394; 23,189; 24,40; 27,350; Bayer Oberst.LG. in JW. 1929, 268.

[189]) A. M.: OLG. Hamburg vom 10. 11. 1930 in D.R.Z. 1931 S. 508.

[190]) Treffen diese keine genauen und bestimmten Angaben, so würden sie je nach Art des Mangels entweder ungültig oder zu ergänzen sein, vgl. hierzu Michel, Kommt. z. GG. 148,3.

Bestimmung des Anfangs der Polizeistunde gegeben, sodaß sowohl eine frühere wie spätere Festsetzung bei besonderen örtlichen Verhältnissen statthaft ist[191]). Im Gegensatz zu der geschilderten, notwendigerweise genauen, zeitlichen Festsetzung des Beginns der Polizeistunde ist diese in Bezug auf das Ende der Sperrfrist nicht notwendig. Es genügt vielmehr nach herrschender unbestrittener Meinung, daß das Ende eindeutig unzweifelsfrei feststellbar ist. Aus diesem Grunde würde auch z. B. die Angabe „mit Beginn des Verkehrslebens auf der Straße" in der Verordnung über die Polizeistunde genügen[192]).

§ 4. Privatrechtliche Beschränkungen der Gewerbefreiheit.

Ist bisher in der vorliegenden Untersuchung nur von öffentlich rechtlichen Beschränkungen der Gewerbefreiheit des Gast- und Schankwirtsgewerbes die Rede gewesen, so haben wir uns nunmehr auch denjenigen zuzuwenden, die sich auf das Privatrecht erstrecken. Zunächst treffen wir im § 31[193]) GG. auf den äußerst seltenen Fall, daß eine an sich dem öffentlichen Recht angehörende Norm eine Rechtswirkung hervorruft, die sich ausschließlich auf privatrechtliches Gebiet erstreckt.

§ 31 GG. schließt Forderungen, die ihren Rechtsgrund im wiederholten[194]) kreditweisen Ausschank von Branntwein[195]) durch einen Schank -oder Gastwirtt oder in der Abgabe der gleichen Ware im Kleinhandel haben, von der Möglichkeit aus, diese auf dem Rechtsweg einzutreiben. Forderungen dieser Art sind aus diesem Grunde als Natural-Obligationen, wie sie das Zivilrecht in ähnlicher Weise bereits im Zusammenhang mit den Vorschriften über Spiel, Wette, nichtgenehmigter Lotterievertrag und Differenzgeschäft kennt, zu betrachten.

Durch den vom Gaststättengesetz angeordneten Ausschluß der Einklagbarkeit wird nicht nur dieser, sondern zusätzlich noch eine ganze Kategorie rechtgeschäftlicher Handlungen mit der Belastung

---

[191]) Vgl. Anmerkung 10.

[192]) S. z. B. § 3 der VO. des Bad. Min. d. Inv. v. 11. 4. 23 GVBl, 76,

[193]) Die Vorschrift ist in Anleehnung an Oesterreichisches Recht geschaffen.

[194]) Die Anwendbarkeit des § 31 Abs. 1 GG. setzt voraus, daß eine frühere Schuld gleicher Art noch nicht bezahlt worden ist.

[195]) Ausnahme § 31 Abs. 3 GG. eine Bestimmung, die die besonderen Verhältnisse in Pensionen, Badehotels, Sanatorien und ähnlich gearteten Betrieben berücksichtigen will, da in diesen Rechnungen für Mahlzeiten und die dabei genossenen Getränke regelmäßig nur innerhalb bestimmter Zeitabschnitte ausgestellt zu werden pflegen.

der Rechtsunwirksamkeit belegt. Die oben erwähnte Vorschrift stellt nämlich neben der Nichteinklagbarkeit von Forderungen der hier in Frage kommenden Art noch fest, daß diese auch nicht „in sonstiger Weise", d. h. also durch Handlungen, durch die der betr. Unternehmer ausschließlich von sich aus die Erfüllung erzwingen könnte, beigetrieben werden können. Aus diesem Grunde ist eine Pfandbestellung zur Sicherheit derartiger Obligationen [196]), wie Aufrechnung [197]) mit einer solchen oder ein etwa aus ihr hergeleitetes Zurückbehaltungsrecht [198]) rechtlich unwirksam [199]).

Neben dieser unmittelbaren Beschränkung der Gewerbefreiheit durch teilweise Außerkraftsetzung gewisser privatrechtlicher Normen des Schuldrechts im Wege der Vorschrift des § 31 GG. ergibt sich in gleicher Weise noch eine mittelbare Beschränkung durch die zahlreichen Verbote, denen der Gast- oder Schankwirt durch das Gaststättengesetz unterworfen ist. Handelt dieser einem solchen Verbot entgegen, betreibt er z. B. sein Unternehmen ohne eine rechtswirksame Erlaubnis oder läßt er die in § 16 GG. ausgesprochenen Regeln unbeachtet, so verstoßen die getätigten Rechtsgeschäfte gegen ein gesetzliches Verbot, welches nicht von Ausnahmen durchbrochen ist, und sind gemäß § 134 BGB. nichtig. Es spielt demnach hier keine Rolle, um welche Art von geistigen Getränken oder ob es sich überhaupt um solche im konkreten Falle handelt, da der Gesetzgeber ohne Rücksicht auf den Inhalt derartiger Rechtsgeschäfte deren Bestehen einfach negiert und insoweit natürlich auch keine Einklagbarkeit [200]) zugesteht.

---

[196]) § 1204 BGB.
[197]) § 387 BGB.
[198]) § 273 BGB.
[199]) Zu beachten ist jedoch, daß § 31 derartige Forderungen eines Schank- oder Gastwirts bzw. Kleinhändlers lediglich zu einer obligatio naturalis stempelt, Abreden, die der Konsument mit dem Wirt (Zusammenwirken der Parteien also erforderlich) zum Zwecke der Tilgung seiner Schuld trifft und die die ursprüngliche in eine andere Verpflichtung überführen, besitzen Rechtswirksamkeit! Einer Novation der Natural-Obligation in eine andere Schuld (Wechsel, Darlehn, usw.) steht nicht die im Gaststättengesetz getroffene Regelung im Wege.

Lebenslauf.

Ich bin geboren am 29. Juli 1906 zu Hagen (Westf.) und besuchte dort das städtische Real-Gymnasium und Gymnasium. Nach bestandener Reifeprüfung bezog ich 1926 die Universitäten Freiburg und Münster. Am 31. Juli 1930 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung am Oberlandesgericht in Hamm und trat als Gerichtsreferendar in den Staatsdienst ein. Seit dem 1. April 1933 bin ich als juristischer Mitarbeiter in der Leitung der elterlichen Firma tätig.

Robert Bettermann.